

67.9(4Чкр)

Д78

Колективна монографія  
д.ю.н., професор, директор  
Навчально-наукового  
Юридичного інституту  
Васильєва В. А.

---

---

# Договір

як універсальна форма  
правового регулювання

---

---

---

**Договір як  
універсальна форма  
правового  
регулювання**

---

***за загальною редакцією  
д.ю.н., проф. В.А.Васильєвої***

НБ ІНУС



803491

**Івано-Франківськ - 2016**

УДК 347.4(477)  
ББК 67.9 (4Укр)  
Д 78

*Рекомендовано до друку Вченою радою Юридичного інституту  
Прикарпатського національного університету імені Василя  
Стефаника (протокол № 6 від 25 грудня 2015 року)*

**Монографія підготовлена професорсько-викладацьким складом  
Юридичного інституту Прикарпатського національного  
університету імені Василя Стефаника**

**Рецензенти:**

**Кохановська О.В.** – член-кореспондент НАПрН України,  
доктор юридичних наук, професор, професор  
кафедри цивільного права Київського  
національного університету імені Тараса  
Шевченка;

**Коссак В.М.** – доктор юридичних наук, професор, завідувач  
кафедри цивільного права і процесу Львівського  
національного університету імені Івана Франка,  
Заслужений юрист України.

**Д 78 Договір як універсальна форма правового регулювання  
: монографія / за заг.ред. проф. В.А.Васильєвої. – Івано-  
Франківськ, 2016. – 399 с.**

ISBN 978-966-640-418-6

Монографія містить загальноцивілістичні та міжгалузеві  
дослідження категорії договору і його застосування в різних  
галузях права.

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

УДК 347.4(477)  
ББК 67.9 (4Укр)

© Колектив авторів, 2016  
© Юридичний інститут Прикарпатського  
національного університету імені Василя  
Стефаника, 2016

## АВТОРСЬКИЙ КОЛЕКТИВ

**Банасевич Ірина Іванівна**

кандидат юридичних наук, доцент – підрозділ 3.2.7.  
розділу 3;

**Васильєва Валентина Антонівна**

доктор юридичних наук, професор – підрозділ 3.1.  
розділу 3;

**Васильєва Вікторія Валентинівна**

кандидат юридичних наук – підрозділ 1.2.1, 1.2.2.  
розділу 1;

**Гейнц Руслана Миколаївна**

кандидат юридичних наук, доцент – підрозділ 3.2.5,  
3.2.6. розділу 3;

**Зеліско Алла Володимирівна**

кандидат юридичних наук, доцент – підрозділ 2.1.  
розділу 2; підрозділ 4.2. розділу 4 у співавторстві з  
Логвіновою М.В.;

**Зозуляк Ольга Ігорівна**

кандидат юридичних наук, доцент – підрозділ 1.2.4.  
розділу 1; підрозділ 2.2. розділу 2 у співавторстві з  
Сіщук Л.В.;

**Кернякевич-Танасійчук Юлія Володимирівна**

кандидат юридичних наук, доцент – підрозділ 4.1.  
розділу 4;

**Кобецька Надія Романівна**

кандидат юридичних наук, професор – підрозділ 4.4.  
розділу 4 у співавторстві з Семків В.В.;

**Козич Ігор Васильович**

кандидат юридичних наук, доцент – підрозділ 4.5.  
розділу 4 у співавторстві з Микитиним Ю.І.;

**Кузьмич Олег Ярославович**

кандидат юридичних наук, доцент – підрозділ 3.2.3 розділу 3;

**Логвінова Марія Володимирівна**

кандидат юридичних наук, доцент – підрозділ 4.2. у співавторстві з Зеліско А.В., підрозділ 4.3. розділу 4 у співавторстві з Сліпенчук Н.А.;

**Микитин Юрій Іванович**

кандидат юридичних наук, доцент – підрозділ 4.5. розділу 4 у співавторстві з Козичем І.В.;

**Мироненко Ігор Віталійович**

кандидат юридичних наук, доцент – підрозділ 3.2.2, 3.2.4, 3.2.8. розділу 3;

**Олійник Оксана Степанівна**

кандидат юридичних наук, доцент – підрозділ 1.1. розділу 1;

**Петровська Ірина Ігорівна**

кандидат юридичних наук, доцент – підрозділ 4.6. розділу 4;

**Пташник Ірина Романівна**

викладач – підрозділ 4.7. розділу 4;

**Саракун Ірина Богданівна**

кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник – підрозділ 3.2.1. розділу 3;

**Семків Віта Василівна**

кандидат юридичних наук – підрозділ 4.4. розділу 4 у співавторстві з Кобецькою Н.Р.;

**Сіщук Ліліана Василівна**

кандидат юридичних наук – підрозділ 1.2.3. розділу 1; підрозділ 2.2. розділу 2 у співавторстві з Зозуляк О.І.;

**Сліпенчук Наталія Андріївна**

кандидат юридичних наук – підрозділ 4.3. розділу 4 у співавторстві з Логвіновою М.В.

## ПЕРЕДМОВА

### Феномен договору в цивілістиці

Конструкція договору стала одним із найвизначніших здобутків світової правової культури. Договір виступає як універсальна правова конструкція у механізмі правового регулювання суспільних відносин. Як інструмент правового регулювання договір, поряд із традиційним застосуванням у сфері приватного права, в сучасних умовах використовується у сферах публічного права: конституційному, адміністративному, екологічному, фінансовому тощо (публічно-правові договори)<sup>1</sup>.

Особлива, феноменальна роль відведена договору в галузі приватного права. Як стверджує І. В. Бекленищева, цивільно-правовий договір під впливом утвердження загальнолюдських гуманістичних ідеалів і принципів, ідеї прав людини та цінності особистості в сучасному суспільстві набуває сьогодні нове, не властиве для нього раніше, значення, а саме елемента загальноєвропейської правової культури<sup>2</sup>.

Конструкція договору проникає у всі сфери економічного та духовного життя суспільства. У нинішніх умовах особливе зростає роль договору як універсальної та найдодільнішої правової форми опосередкування ринкових відносин. Перехід до ринкової економіки і саме функціонування ринкового механізму можливі лише за умови, що основна маса товаровиробників – підприємств, громадян має свободу

<sup>1</sup> Договір як універсальна правова конструкція: монографія / А. П. Гетьман, В. І. Борисова, О. П. Євсєєв та ін.; за ред. А. П. Гетьмана, В. І. Борисової. – Х. : Право, 2012; Окремі види договорів у сучасному законодавстві України: Колективна монографія / За ред. О. С. Кізлової: Міжнар. гуманітар. ун-т.– Одеса ТЕС, 2013. – с.5, 15-16.

<sup>2</sup> Бекленищева И. В. Гражданско-правовой договор: Классическая традиция и современные тенденции / И. В. Бекленищева. – М.: Статут, 2006. – с.8.



## Передмова

господарської діяльності та підприємництва. Результати цієї діяльності реалізуються на ринку товарів і послуг здебільшого на договірних засадах. З переходом до ринку звужується планово-адміністративний вплив держави на майнові відносини, отже, розширюється свобода вибору партнерів у господарських зв'язках і визначення змісту договірних зобов'язань на розсуд самих сторін договору. Це стосується насамперед договорів, спрямованих на забезпечення потреб юридичних і фізичних осіб у матеріальних, енергетичних, продовольчих ресурсах (купівля-продаж, поставка, контракція, постачання енергії тощо). Не зменшується роль договорів майнового найму (оренди, лізингу, прокату тощо), договорів про виконання робіт (підряду, будівельного підряду, підряду на виконання проектних і пошукових робіт тощо), договорів про надання різного роду послуг фізичним та юридичним особам (агентського договору, комісії, консигнації, кредитного договору, перевезення, страхування тощо).

Завдяки договорам, що укладаються у сферах роздрібної торгівлі, перевезення транспортом загального користування, зв'язку, медичного, готельного, банківського обслуговування тощо, забезпечуються як матеріальні, так і духовні потреби широкого кола споживачів (громадян) у товарах і послугах. Духовні інтереси громадян у сферах інтелектуальної, творчої діяльності реалізуються, зокрема, через укладення та виконання договорів про розпорядження майновими правами інтелектуальної власності (ліцензійний договір тощо) або договорів на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт тощо.

Договірна форма може використовуватись і в інших видах цивільних правовідносин, зокрема при здійсненні особистих немайнових прав, між суб'єктами деліктних зобов'язань.

Підвищення ролі договору в житті суспільства обумовлено й зовнішніми факторами, головним чином процесами правової та економічної інтеграції, що відбуваються в Західній Європі. Зокрема, формування єдиного європейського економічного простору неможливе без розробки правових форм та інститутів,

адекватних характеру і природі відносин, що при цьому складаються, серед яких, враховуючи панування в європейській свідомості ліберальних цінностей, ключову роль повинен відіграти саме договір. У зв'язку з цим виникла необхідність створення єдиного для різних правових систем поняття договору, яке б задовольняло і національні правові доктрини європейських держав, і поставлені завдання<sup>3</sup>.

Про визначальну роль договору серед інститутів цивільного права свідчить і той факт, що із понад 1300 статей Цивільного кодексу України (далі – ЦК) майже половина безпосередньо присвячена договору, починаючи із загальних положень про договір (глави 52 і 53) і закінчуючи нормами про окремі види договірних зобов'язань (глави 54–77). Крім того, договірних відносин стосуються й ті положення ЦК України, які визначають зміст та обсяг цивільної правосуб'єктності фізичних, юридичних осіб та інших учасників цивільного обороту, норми про правочини, право власності, представництво, позовну давність тощо. Більшість загальних положень про зобов'язання і зокрема про способи їх забезпечення (неустойку, заставу, задаток, поруку, гарантію, притримання тощо) ґрунтуються на конструкції договору.

Положення про цивільно-правові договори містяться в Сімейному, Земельному, Господарському кодексах, інших чисельних законах, указах Президента, постановках Кабінету Міністрів України, актах інших органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування, у статутах господарських товариств, звичаях ділового обороту та інших регуляторах цивільних відносин (судова практика, мораль тощо).

Саме завдяки притаманним договору якостям як універсальному правовому засобу регулювання майнових і, певною мірою, особистих немайнових (цивільних) відносин

<sup>3</sup> Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.; за ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2008.

забезпечується досягнення цілей, визначених учасниками цих відносин.

Відповідно до ч. 1 ст. 626 ЦК договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. З цього визначення випливає, що договір належить до правових актів індивідуального характеру – юридичних актів, зокрема правочинів. За частинами 1, 2, 4 ст. 203 ЦК правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Залежно від кількості волевиявлень сторін правочини можуть бути односторонніми та дво- чи багатосторонніми (договори). Дво- чи багатостороннім правочином є погоджена для двох або більше сторін.

Вільне волевиявлення суб'єкта в договорі є одним із проявів свободи договору як одного із принципів цивільного законодавства: сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог Цивільного кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості (п. 3 ч. 1 ст. 3, ст. 627 ЦК).

Отже, волевиявлення учасників договору має складатися вільно, без жодного тиску з боку контрагента або інших осіб, причому волевиявлення кожного з учасників за своїм змістом мають збігатися і відповідати одне одному. Досягнення згоди сторін щодо укладення і змісту договору відбувається завдяки вчиненню ними дій (оферти та акцепту), які в сукупності й породжують таке явище, як договір.

У Цивільному кодексі УРСР (1963 р.) не було розгорнутого визначення поняття «договір». Воно розкривалося через поняття «угода» як дія громадянина чи організації, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Договір є дво- або багатосторонньою угодою (ст. 41 ЦК УРСР). Проте термін «угода» мало підходив для визначення односторонньої дії, в якій виявляється воля лише однієї сторони (особи) і немає угоди (згоди, погодження) з будь-якою іншою особою. Тому термін «угода» у ЦК 2003 р. замінено словом

«правочин» (дія, що чинить право), а термінові «угода» має надаватися властиве йому значення як погодженому волевиявленню двох або більше осіб (сторін).

Так у чому ж полягає сутність договору? У філософських словниках по-різному визначається поняття «сутність». Воно розкривається і як смисл даної речі або явища, і як комплекс основних їх характеристик, і як сукупність таких властивостей предмета, без яких він перестає існувати і які визначають усі інші його властивості тощо.

Сутність договору у цивільному праві, на мій погляд, складає саме угода як погоджене волевиявлення двох чи кількох сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Образно висловлюючись, можна сказати, що угода сторін – це «душа» договору, «тіло» якого становлять погоджені в ньому умови, що складають зміст договору. Ось чому у визначенні поняття договору, яке дано у ч. 1 ст. 626 ЦК, термін «домовленість» доцільно замінити терміном «угода», який відображає сутність договору як правового явища.

Якщо сутність договору полягає в угоді сторін, то виникають запитання: угода про що, яким є предмет договору, на яких умовах він укладений, які саме цивільні права та обов'язки з угоди виникають, змінюються чи припиняються? Тобто, йдеться вже про зміст договору як угоди сторін. За визначеннями, які даються у філософських джерелах, зміст – це сукупність елементів, процесів, зв'язків, які становлять даний предмет або явище.

Згідно з ч. 1 ст. 628 ЦК зміст договору становлять умови (пункти), визначені на розсуд сторін і погоджені ними, та умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства. Іншими словами, зміст договору – це ті умови, на яких укладена відповідна угода сторін. Якщо договір оформлено письмово у вигляді одного документа, підписаного сторонами, або шляхом обміну листами чи в іншій формі (ст. 639 ЦК), то відповідні умови фіксуються у пунктах договору, в яких можуть міститися і посилання на норми чинного у цій сфері законодавства. Оскільки договір є підставою виникнення

цивільно-правового зобов'язання, то зміст цього зобов'язання розкривається через права та обов'язки учасників, визначені умовами договору.

Торкаючись співвідношення в договорі умов, визначених на розсуд сторін (т.зв. «ініціативних» умов), та умов, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства, слід звернутись до загальних положень про співвідношення актів цивільного законодавства та договору, закріплених у ст. 6 ЦК. Згідно з частинами 2 і 3 цієї статті сторони мають право врегулювати у договорі, який передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, які не врегульовані цими актами. Сторони в договорі можуть відступати від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Але сторони в договорі не можуть відступати від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами.

У розвитку інституту договору і, відповідно, договірного права в сучасних умовах помітна дія різних за характером і нерідко суперечливих тенденцій.

Так, з одного боку, в регулюванні майнових відносин розширяється свобода волевиявлення у визначенні сторонами своїх прав та обов'язків як ознака диспозитивного методу регулювання.

Підкреслюючи розширення свободи волевиявлення сторін при укладенні договорів у певних сферах економічних відносин, зокрема тих, які в умовах командно-адміністративної системи формувались на основі планових приписів, не можна не відзначити й протилежну тенденцію, яка властива й сучасному договірному праву зарубіжних країн. Йдеться про те, що з метою захисту інтересів слабкої сторони договору та забезпечення збалансованого розвитку майнового обороту запроваджується ряд обмежень дії принципу свободи договору, що проявляються зокрема в інтенсивному розвитку антимонопольного законодавства, законодавства про захист

прав споживачів, державному регулюванні ціноутворення, регулювання якості товарів, робіт і послуг тощо.

Важливою тенденцією розвитку цивільного і зокрема договірного права є зближення та взаємопроникнення елементів речових, зобов'язальних та інших правовідносин. Це проявляється насамперед у договорах, спрямованих на перехід права власності від відчужувача до набувача майна (купівля-продаж, поставка, міна, дарування, довічне утримання, рента тощо). Прикладом договірної конструкції, в якій поєднуються речові та зобов'язальні елементи правовідносин, є договір управління майном (глава 70 ЦК).

Поглиблення та ускладнення економічних обов'язків у внутрішньому та зовнішньому обороті призводять до трансформації системи договорів, появи нових договірних форм, зокрема у сферах надання послуг, обробки інформації, міжнародної науково-технічної кооперації тощо. Договірні відносини все частіше набувають комплексний та довготривалий характер (договори оренди підприємств як цілісних майнових комплексів, оренди житла з умовою викупу, купівлі-продажу або оренди об'єктів незавершеного будівництва, лізингу, факторингу тощо).

Важливим напрямом розвитку договірного законодавства України є його адаптація до стандартів Європейського Союзу.

Хоч з часу прийняття загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу минуло вже 10 років, вагомих кроків у цьому напрямку на законодавчому рівні, на жаль, не зроблено.

На сучасному етапі в Європі проводиться доволі інтенсивна робота щодо підготовки єдиного Європейського цивільного кодексу, який може стати кульмінацією в уніфікації однієї з найважливіших галузей законодавства.

Але для входження в правовий простір ЄС, зокрема у сферу договірного права, важливим є усунення дублювання та розбіжностей, які існують у регулюванні договірних відносин за Цивільним і Господарським кодексами України. Пріоритет тут повинен надаватись положенням Цивільного кодексу, які мають для договірного права загальний характер. Має бути проведена

велика робота з ревізії та оновлення масиву нормативно-правових актів у сфері цивільного і господарського законодавства, а також договірної та судової практики щодо застосування цього законодавства.

В роботі з ревізії нормативної бази договірного права слід враховувати слушні пропозиції щодо удосконалення цивільного законодавства, що висловлюються дослідниками в наукових публікаціях, при захисті докторських і кандидатських дисертацій, на наукових конференціях та «круглих столах».

У монографії «Договір як універсальна форма правового регулювання», підготовленій науковцями Юридичного інституту Прикарпатського національного університету ім.В.Стефаника, розкриваються нові грані та перспективи застосування конструкції договору не лише у сферах приватного права, але й в інших галузях законодавства. Це, безумовно, приверне увагу до проблематики договірного права широкого кола цивілістів та представників інших галузевих правових наук, а також професійних юристів-практиків.

**ЛУЦЬ Володимир Васильович**

*доктор юридичних наук, професор,  
академік Національної академії  
правових наук України*

## **РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ТА МЕТОДОЛОГІЧНІ ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ КАТЕГОРІЇ ДОГОВОРУ У ПРАВОВІЙ ДОКТРИНІ**

### **1.1. Історико-правові та гносеологічні передумови до формування поняття «договір» у праві та законодавстві**

У сучасному законодавстві та вітчизняній цивілістиці як звичні та традиційні сприймаються правові категорії, які, насправді, мають виняткове значення. Саме таким є договір, конструкція якого, без перебільшення, належить до найвизначніших здобутків світової правової культури. Адже, як слушно зазначає Н.С. Кузнецова, договір у всіх правових системах є одним з основних елементів правопорядку, який юридично забезпечує дійсність обмінних процесів з метою задоволення потреб суспільства, окремих його громадян або їх об'єднань<sup>4</sup>. Саме договір виступає основою виникнення, зміни чи припинення цивільних правовідносин та є однією з найдавніших правових форм узгодження волевиявлення учасників приватноправової сфери суспільного життя з метою задоволення їх майнових та особистих немайнових потреб.

Більше того, договір в сучасних умовах виступає універсальною правовою конструкцією у механізмі правового регулювання суспільних відносин<sup>5</sup>, яка еволюціонувала

<sup>4</sup> Кузнецова Н. С. Подрядные договоры в инвестиционной деятельности в строительстве / Н.С. Кузнецова. – Киев: Наукова думка, – 1993. – С.41.

<sup>5</sup> Луць В. В. Інститут договору в цивільному праві України / В.В. Луць // Право України. – 2014. – № 2. – С. 25.

паралельно з розвитком суспільства. І хоча сьогодні існують певні передумови спостерігати явища того, що договір, завдяки власній «гнучкості та мобільності» вийшов за рамки приватноправового регулювання та цілком успішно застосовується також у сфері публічного права, незмінним залишається факт, що договір є класичним інститутом приватного (цивільного) права і віднайти його аналоги чи конструкції, наближені до нього буде складно, якщо взагалі можливо, що, в свою чергу, ще раз свідчить про його унікальність.

Аналіз законодавства та цивілістичної доктрини засвідчує полісемантичний характер терміну «договір», оскільки він розглядається як різновид правочину, юридичний факт, на підставі якого виникає договірне правовідношення; як цивільне правовідношення, яке виникає на підставі правочину; як документ, в якому фіксується воля сторін.

Подібні підходи до розуміння категорії договору є доволі традиційними та беруть свій початок ще з часів римського приватного права. Це пояснюється тим, що всі відомі Стародавньому Риму засади організації і функціонування права як такого, несуть єдину ідею побудови такої складної системи як правове суспільство, а, отже, є основоположними постулатами та засадничими ідеями і на сучасному етапі розвитку права. Власне тому, на нашу думку, генезис становлення та розвитку інституту договору доцільно розпочати саме з часів Стародавнього Риму, хоча в Римі уявлення про договір як джерело права сформувалося в республіканський період на основі форм законотворчої діяльності, запозичених із грецької культури.

Саме в античній філософії вперше ідею суспільного договору висунув давньогрецький філософ Протагор<sup>6</sup>, і хоча

<sup>6</sup> Стрибо Т.І. Історичні передумови виникнення та розвитку нормативного договору / Т.І. Стрибо // Науковий вісник Херсонського державного університету: Серія Юридичні науки. – 2014. – Вип. 4. – Том 1. – С.58.

абсолютно ототожнювати суспільний договір та «contractus» недоцільно з огляду на ширший характер першого, тим не менше кожен з них ґрунтується на ідеї договору як акту розумної волі особи. Адже «Hosa an tis hekon heeros hetero homologue kuria eina» («Про що один з другим добровільно домовились, те й панує»), «Ha d'an hekon hekoti homologess phasim hoi poleos basileis – nomoi, dikania einai» («Те, з приводу чого один з іншим дійшли згоди, і є правом, так кажуть царі держави – закони»). Представники античної науки визнавали велику значущість договору в регулюванні відносин між людьми, проте ними так і не було розробленого цілісного, логічно завершеного вчення про нього<sup>7</sup>. Основи вчення про договір та розгалужена система договорів, що стали взірцем для наслідування, є наслідком римської юриспруденції.

Теорія договору у Стародавньому Римі формувалася на основі поняття «contractus» (домовленість, що породжує зобов'язання) та «pacta conventa» (неформальна угода, позбавлена за загальним правилом позовного захисту). Термін «obligatio», яким позначалося зобов'язання, у джерелах римського права з'явився наприкінці III ст. до н.е. Як зазначав Павло: «Сутність зобов'язання полягає не в тому, щоб зробити нашим який-небудь предмет, а щоб зв'язати перед нами іншого в тому відношенні, щоб він нам що-небудь дав, зробив або надав»<sup>8</sup>.

Однак варто зазначити, що в древньому римському праві терміни «contrahere», «contractus» ще не означали одну із підстав виникнення зобов'язання, а лише вказували на обов'язки, що відрізнялися від тих, які виникали на підставі правопорушення. Таким чином, ці терміни мали об'єктивне значення і не враховували значення волевиявлення суб'єктів зобов'язання.

<sup>7</sup> Мілаш В. С. Перспективи модернізації договірних правових відносин у сфері господарювання: монографія / В. С. Мілаш; Харк. нац. ун-т ім. Св. Миколи Чудотворця. – Харк.: ХНУМГ, – 2014. – с.20.

<sup>8</sup> Памятники римского права: Законы XII таблиц; Институции Гая; Дигесты Юстиниана. – М.: Зерцало, 1997. – с.236-237.



Та вже в класичній юриспруденції і, насамперед, на основі досвіду, одержаного в результаті укладення договорів в рамках *ius gentium*, яке передбачало, що зобов'язання виникає на основі взаємної згоди двох сторін, поступово стало формуватися уявлення про те, що будь-якому договору, який є підставою виникнення зобов'язання, передуює домовленість між сторонами. В одних випадках для виникнення зобов'язання було достатньо домовленості, в інших – дотримання урочистої форми та виконання певних дій. Навіть стимуляція, яка укладалася через проголошення певних слів «*verbis*», вважалася недійсною, якщо не включала в себе домовленість сторін («*nisi habeat consensum, nulla est*», D. 2.14.1.3)<sup>9</sup>.

Таким чином, в кінці класичної епохи «*contrahere*», «*contractus*» починають набувати нового, суб'єктивного значення («домовленість», «домовитися»), і належать лише до тих зобов'язань, які виникають за домовленістю сторін (незалежно від того, у який спосіб така домовленість виражена). У такому значенні договору як підстави (джерела) зобов'язання термін «*contractus*» був закріплений у Зводі Юстиніана.

Гай, систематизуючи різні види контрактів, у Інституціях зазначав, що всяке зобов'язання народжується або з контракту або з делікту: «*omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*» G. 3.88<sup>10</sup>. Однак, таким поділом охоплювалися не всі зобов'язальні відносини, а тому вже у другій книзі праці «Сім книг повсякденних справ», названій також за своєю популярністю «*Aureorum*», тобто «Золота», Гай до двох зазначених категорій (контракт, делікт), додає ще одну категорію: «*aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris*» (fr. 1. pr. D. 44. 7), що в перекладі означає «...чи з інших видів правових підстав»<sup>11</sup>. В третій книзі

<sup>9</sup> Санфіліппо Чезаре Курс римського частного права: Учебник / Санфіліппо Чезаре; Под ред. Д. В. Дождева. – М.: Издательство БЕК, 2002. – с.239.

<sup>10</sup> Гай. Институции. Книга III. / Пер. с лат. Ф. Дыдынского / Под. ред. В.А. Савельева, Л.Л. Кофанова. – М.: Юрист, 1997. – 368 с.

<sup>11</sup> Покровский И. А. История римского права / И.А. Покровский. - А.Д. Рудковас (вступ.ст.,пер.с лат., науч.ред.и примеч.). – Изд. испр., с

«*Aureorum*» Гай розчленяє «*variae causarum figurae*» на дві групи «*quasi ex contractu*» і «*quasi ex maleficio*» (fr. 5. D. 44. 7) (квзіконтракти та квзіделікти). Такий самий чотиричленний поділ зобов'язань згадується у Юстиніанівських «Інституціях»: «*Aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio*» – адже чи з контракту, чи ніби з контракту, чи з делікту, чи ніби з делікту (виникають зобов'язання) (§ 2 In. 3. 13)<sup>12</sup>. В наведену класифікацію Гай не включив найдревніший формальний контракт – «*пехум*», тому є підстави вважати, що в ту епоху, коли жив Гай, ця форма контракту вже втратила своє практичне значення та застосування. Разом з тим, в літературі зустрічаються думки про те, що вказана систематизація зобов'язань з тричленним чи чотиричленним поділом є наслідком правотворчої діяльності не класичної епохи римського приватного права, а лише Юстиніанівської компіляції<sup>13</sup>.

Договору в давньореспубліканському римському праву, як вже було нами зазначено, передувало поняття «*пехум*», відоме задовго до створення Законів XII таблиць, що опосередковувало особисте підпорядкування неплатоспроможного боржника кредитором щодо його обов'язку відробити борг. Воно здійснювалося у формі складного обряду – манципації – із застосуванням злитків та ваг («*cum pexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*»: коли здійснюють нексум і

изм. – СПб.: Издательско-торговый дом «Летний Сад», 1999. – с.394-395.

<sup>12</sup> Покровский И. А. История римского права / И.А. Покровский. - А.Д. Рудковас (вступ.ст.,пер.с лат., науч.ред.и примеч.). -- Изд. испр., с изм. – СПб.: Издательско-торговый дом «Летний Сад», 1999. -- с.394-395.

<sup>13</sup> Дождев Д. В. Римское частное право: Учебник для студ. вузов, обучающихся по спец. «Юриспруденция» / Д.В. Дождев; В.С. Нерсисянц (общ. ред.). – Институт государства и права РАН; Академический правовой ун-т - 2-й изд. изм. и доп. – М.: НОРМА, 2003. – с.477-478.

манципацію, як усно домовитися він, то нехай буде правом)<sup>14</sup>. «Nexum», крім делікту та легату, був єдиною угодою, відомою Законам XII таблиць, на підставі якої виникало зобов'язання в його дійсному значенні.

В цілому, обмеженість договірних форм, безумовне застосування процедури манципації, істотна строгість боргового стягнення, особиста залежність боржника перед кредитором, що, в кінцевому результаті могло призвести до зникнення його особистості юридично (шляхом продажу в рабство «trans Tiberim») спричинило поступову втрату «nexum» значення у сфері договірних відносин. Нескладна і строго формальна система старого цивільного права виявилася недостатньо ефективною для регулювання приватноправових відносин другої половини республіки, які, навіть за всієї майстерності інтерпретаторів, не могли бути обмежені рамками «mancipatio» і «nexum».

Наступною, достатньо гнучкою формою для юридичного закріплення нових відносин, що виникали в сфері цивільного обігу, стала «sponsio» або «stipulatio». Разом з тим, до якого часового періоду можна віднести її виникнення, однозначно сказати складно. Однак, вже в законі Аквілія (lex Aquilia), прийнятого близько 287 року до н.е. є згадка про існування стипуляції, при чому зазначається один з її складних видів «adstipulatio»<sup>15</sup>. Очевидно, до цього часу така договірна форма вже стала звичним явищем. Завдяки своїй абстрактній та гнучкій формі стипуляція, практично одразу після свого виникнення, стала застосовуватися для найрізноманітніших відносин в сфері приватного права.

<sup>14</sup> Покровский И. А. История римского права / И.А. Покровский. - А.Д. Рудоквас (вступ.ст.,пер.с лат., науч.ред.и примеч.). - Изд. испр., с изм. - СПб.: Издательско-торговый дом «Летний Сад», 1999. - с.385-386.

<sup>15</sup> Покровский И. А. История римского права / И.А. Покровский. - А.Д. Рудоквас (вступ.ст.,пер.с лат., науч.ред.и примеч.). - Изд. испр., с изм. - СПб.: Издательско-торговый дом «Летний Сад», 1999. - с.391.

Походження назви стипуляції було незрозуміле навіть для римських юристів. «Sponsio» ґрунтувалося на тому, що боржник повинен «sua sponte promisit» добровільно (авт. *дати обіцянку*), від грецького «σπονδαί» – жертвенне подання, а згодом – мир, договір, домовленість.

«Stipulatio» пояснювали або через категорію «stips» – (монета), або через «stipulu» (стебло), що прирівнювалося до «firmum» (міцне, вірне), а також через «stipula» - «festuca» - «vindicta».

Незважаючи на певну неоднозначність у етимології даного терміну, можна стверджувати давнє походження відповідного контракту. На думку І.А. Покровського, його не можна відносити до епохи Законів XII таблиць, оскільки якщо «sponsio» чи «stipulatio» в цей період й існувала, то вона ще не мала юридичного значення. Автор припускав, що стипуляція існувала задовго до встановлення формулярного процесу, а тому час її виникнення може бути віднесено до першої половини республіки<sup>16</sup>. Однак, відкриті в 1933 році нові фрагменти з Інституцій Гая доводять що цей договір був відомий вже Законам XII таблиць<sup>17</sup>.

За своїм характером стипуляція є, по суті, об'єднуючою ланкою між давнім цивільним правом і новим: з однієї сторони, цей договір ще є формальним, як нексум, але з іншої, її форма опирається на просту абстрактну обіцянку боржника, що надає стипуляції нові, невідомі старому праву риси.

Якщо звернутися до сформованої системи контрактів Стародавнього Риму, то вона носила замкнутий характер.

<sup>16</sup> Покровский И. А. История римского права / И.А. Покровский. - А.Д. Рудоквас (вступ.ст.,пер.с лат., науч.ред.и примеч.). - Изд. испр., с изм. - СПб.: Издательско-торговый дом «Летний Сад», 1999. - с.397-398.

<sup>17</sup> Дождев Д. В. Римское частное право: Учебник для студентов, обучающихся по спец. «Юриспруденция» / Д.В. Дождев; В.С. Нерсисянц (общ. ред.). - Институт государства и права РАН; Академический правовой ун-т - 2.изд., изм. и доп. - М.: НОРМА, 2003. - 765 с.

Пояснювалося це тим, що в римському приватному праві внаслідок його консервативності принципове визнання стосувалося лише окремих договірних типів. Тому, для юридичної сили договору необхідним було не тільки волевиявлення сторін, але й відповідність договору певному типу<sup>18</sup>.

Контракти поділялися на чотири групи: «*Harum autem quatuor genera sunt, – говорить Гай (III. 89), – aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensus*», тобто, «...їх є чотири види: оскільки зобов'язання виникає або через посередництво речі, або шляхом проголошення слів, або буквами, або простою згодою сторін»<sup>19</sup>. Основу такого поділу становила відмінність у зобов'язуючому моменті: домовленість (*consensu*), необхідність передачі речі (*res*), проголошення певних слів (*verbis*) чи дотримання письмової форми (*litteris*). Відповідно, контракти визначалися як консенсуальні, реальні, вербальні та літеральні. Кожна з цих категорій контрактів охоплювала суворо обмежену кількість відповідних правовідносин. Така класифікація контрактів була збережена у Кодексі Юстиніана.

Аналізуючи систему контрактів за підставами виникнення, поза увагою залишено безіменні контракти («*contractus innominate*»), оскільки вони не увійшли до класифікації Гая. Перші згадки про них містяться у працях Лабейона в I столітті нашої ери, а остаточно вони сформувалися в окрему групу в законодавстві Юстиніана. Оскільки ці контракти у вигляді

<sup>18</sup> Олійник О.С. Історичні передумови поділу договорів на реальні та консенсуальні на прикладі права Стародавнього Риму / О.С.Олійник // Проблеми поділу договорів на реальні та консенсуальні [текст]: Матеріали круглого столу за заг. ред. В.А.Васильової. – Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника. – Івано-Франківськ, 2014. – С.34.

<sup>19</sup> Покровский И. А. История римского права / И.А. Покровский. - А.Д. Рудоквас (вступ.ст.,пер.с лат., науч.ред.и примеч.). - Изд. испр., с изм. - СПб.: Издательско-торговый дом «Летний Сад», 1999. - с.395.

загальної категорії власної назви (*nomen*) не мали, тому й позначалися як «такі, що не мають назви» або інномінальні чи безіменні. Така назва зазначеної групи виникла не тому, що договори, які їх складали, не мали своїх назв, а щоб показати, що ця група виходить за межі чотириелементної класифікації<sup>20</sup>.

Безіменні контракти за підставою виникнення були найближчими до реальних: подібно до того, як реальний контракт встановлює зобов'язання передачею речі, так безіменний контракт вважався укладеним із моменту вчинення певної дії. Однак, якщо реальні за конструкцією відносилися до односторонніх чи недосконало синалагматичних, то безіменні були двосторонніми, оскільки сторони передавали майно чи вчиняли певні дії з метою отримання зустрічного задоволення.

Аналізуючи систему контрактів Стародавнього Риму, можна зауважити її певні недоліки. Зокрема, вербальні та літеральні контракти свідчать про форму їх укладення, а реальні та консенсуальні – про момент укладення договору, тобто, різняться за своєю правовою природою, в той час як римське приватне право об'єднало їх в єдину систему. Крім того, дискусійним є питання доцільності поділу договорів на реальні та консенсуальні. Адже факт передачі речі чи досягнення згоди не протистоять один одному, оскільки здійснення передачі речі також є проявом взаємоузгодженої волі учасників договору.

Крім контрактів, до системи договорів Стародавнього Риму входили пакти (*pactum*). Ульпіан так визначав пакт: «Пакт є угода двох чи більше осіб про одне і те ж та їх згода» (*Ulp. D. 2. 14. 1.2. «Pactum... est pactio duorum et pluriumve in idem placitum et consensus»*)<sup>21</sup>. В науковій літературі дискусійним залишається питання про співвідношення понять контракт та пакт. Більшість вчених схильні вважати, що «*contractus*» і «*pactum*» перебувають у відношенні підпорядкування, де контракт є вужчим поняттям.

<sup>20</sup> Основи римського приватного права: Підручник / В.І. Борисова, Л.М. Баранова, М.В. Домашенко та ін.; За заг. ред. В.І. Борисової та Л.М. Баранової. – Х.: Право, 2008. – С.175.

<sup>21</sup> Малков А.Д. Сущность договора в римском праве / А.Д.Малков // Древнее право. – 1999. – № 1 (4). – С. 182.

Ці терміни, зазвичай, вживалися і використовувалися у значенні «зобов'язання» та «угода» (домовленість).

На систему *pactum* вирішальне значення мало римське трактування принципу свободи договору: в силу того, що угоди породжують відносини, які або взагалі не визнаються правом, або захищаються різними правовими засобами (позов, ексцепція), практичного значення набуває питання чи будуть захищатися такі відносини і якщо так, то яким чином. Тому, не випадково, основним критерієм класифікації договорів у Давньому Римі став ступінь захищеності цих відносин<sup>22</sup>. Як казав Ульпіан: «Претор говорить: «Я буду захищати пакти, які здійснені не внаслідок злого умислу і не всупереч законам, плебісцитам, постановам сенату, декретам, едиктам принципів і не в обхід якогось із цих правил» (Д. 2.14.7.7)<sup>23</sup>. Саме тому, пакти – це неформальні угоди, які не входили до виключної системи контрактів, не мали позовного захисту та юридичного значення. Визначальним тут виступало не право, а мораль, яка спонукала до належного виконання взятого обов'язку.

Напрацьована класичним римським правом система договорів залишається у практично незмінному вигляді і в посткласичному праві та санкціонована в «*Corpus Juris Civilis*». Проаналізувавши структурні елементи текстів джерел договірної римської права, прослідковуємо незаперечну прив'язку до поняття *obligatio*<sup>24</sup>.

Кожен вид договору розроблявся самостійно, однак, не без зв'язку з іншими. Звичайно, що в більш пізній період така система договорів зазнала деяких змін, однак вони істотно не вплинули на її структуру, дух та принципи. Модель договору, яка була розроблена у Стародавньому Римі, можна визначити як формалізовану.

<sup>22</sup> Малков А.Д. Сущность договора в римском праве / А.Д.Малков // Древнее право. – 1999. – № 1 (4). – С. 186.

<sup>23</sup> Калюжний Р.А. Римське приватне право: [підруч. для вищ. навч. закл.] / Р.А. Калюжний, В.М. Вовк. – К.: Атіка, 2012. – с.280.

<sup>24</sup> Малков А.Д. Сущность договора в римском праве / А.Д.Малков // Древнее право. – 1999. – № 1 (4). – С. 186.

В частині найбільш значних змін можна вказати наступні: класичні літеральні договори вийшли із застосування, однак, натомість, посилилося юридичне значення письмових документів, що надавалися на підтвердження вербальних зобов'язань. Стипуляція практично втрачає свій початковий абстрактний характер. Були визнані окремі типи нових договірних конструкцій (*pactum donationis*). В свою чергу, в підсумку, це призвело до того, що незважаючи на принципове визнання тільки типових договорів, уже за часів Юстиніана римське приватне право надавало правовий захист будь-якому договору.

Підходи, закладені до розуміння сутності договору та його значення у римському приватному праві, були продовжені та розвинені у наступних історичних періодах. Мова йде про раннє та пізнє середньовіччя (V- поч. XII ст.), формування права « нової Європи » (XII-XVIII ст.), кодифікація законодавства Франції та Німеччини (XIX ст.), удосконалення національно-правових систем країн Європи (XX-поч. XXI ст.). Запозичення норм римського приватного права, в тому числі й щодо договору, відбувалося за посередництвом рецепції.

Зокрема, каноністи розглядали договір у достатньо широкому значенні: будь-яке слово зобов'язує незалежно від того, чи є воно присяганням або простою обіцянкою, і будь-яке порушення слова має розглядатися як гріхове. Грунтуючись на уявленні про юридичну зобов'язаність договорів, якщо вони служать досягненню розумної і справедливої мети, каноністи висунули низку принципів, які було покладено в основу договірної права в майбутньому: договір повинен виконуватися, можливість тлумачення мовчання як знаку згоди, допустимість виправлення договорів, неприпустимість примусу до виконання договору, укладеного під впливом загроз, об'єднаних чи помилок, чи таких, що є недобросовісними<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Стрибко Т.І. Історичні передумови виникнення та розвитку нормативного договору / Т.І. Стрибко // Науковий вісник Херсонського

Поступово у доктрині країн романо-германської правової сім'ї сформувалася класична теорія договору, що розглядає його як чистий «*consensus*» та не потребує жорсткої формалізації його укладення. Договір за Савіні – це позбавлена форми стипуляція або стипуляція, що абстрагована від її форми (питання і відповіді), яка у цьому вигляді збіглась з консенсуальними контрактами і «*nudum pactum*» (голим пактом). У кінцевому вигляді він визначає договір як «домовленість кількох осіб, що визначає їх юридичні відносини у формі вираження загальної волі»<sup>26</sup>.

Згодом, консенсуальна конструкція договору затвердилась у всіх пандектних системах, запозичена в Німецьке Цивільне Уложення, а через адаптацію – і в англійське договірне право на ґрунті співвідношення *common law* (загального права) та *equity* (права справедливості).

Наприклад, ст. 1101 Французького цивільного кодексу визначає договір як «домовленість, за якою одна чи кілька осіб зобов'язуються перед однією чи кількома особами дати щонебудь, зробити щонебудь або не робити чого-небудь»<sup>27</sup>.

Цивільний кодекс Німеччини не містить ані визначення зобов'язання, ані визначення договору. Разом з тим кодекс визнає наявність правового зв'язку між особами, що вступають у договірні відносини, а в основі договору лежить домовленість сторін<sup>28</sup>.

державного університету: Серія Юридичні науки. – 2014. – Вип. 4. – Том 1. – С. 59.

<sup>26</sup> Меденцев П.А. Поняття договору як концептуальна основа договірного права країн романо-германської правової сім'ї / П.А. Меденцев // Актуальні проблеми держави і права. – 2008. – Вип. 42. – С. 187-188.

<sup>27</sup> Алексеев І. С. Поняття та функції цивільно-правового договору / І. С. Алексеев // Форум права. – 2010. – № 2. – С. 7-10. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010-2/10aiccpd.pdf>. – С. 7-8.

<sup>28</sup> Меденцев П.А. Поняття договору як концептуальна основа договірного права країн романо-германської правової сім'ї / П.А.

У країнах англо-саксонської правової системи договір розглядається як обіцянка, на яку поклався контрагент або одностороннє виявлення волі особи, виконання якого забезпечується правом. Єдиний торговий кодекс США (*Uniform Commercial Code*) 1962 р., який не є федеральним законом, але широко застосовується в судовій практиці, в статті 1-201 визначає договір як правове зобов'язання, що в цілому впливає із угоди сторін у відповідності з цим законом і іншими, належними до застосування нормами права<sup>29</sup>. Таким чином, «теорія обіцянки» або «альтернативна теорія договору» засвідчує, що домовленість не єдиний генотип договору, а ним може бути і обіцянка, на яку може поклястись контрагент<sup>30</sup>.

На думку Мілаш В.С. «...відмінності між «угодничею теорією» (авт. консенсуальною) і «теорією обіцянки» не мають принципового характеру: обидві теорії виходять з розмежування договору як юридичного факту (угоди або обіцянки) та зобов'язань, які виникають на його основі («Особа є пов'язаною своєю обіцянкою».... Особа є зобов'язаною перед іншими на підставі наданої нею обіцянки...»). За теорією обіцянки, договір визначається як узгоджений обмін обіцянками, виконання яких закон ставить за обов'язок та за порушення яких він надає постраждалій стороні відповідні засоби захисту. Сама обіцянка розглядається як заява про намір (прояв наміру) діяти або утриматися від відповідних дій, вона здійснюється будь-якою особою на прохання іншої особи.

За правом країн англо-саксонської правової системи, відмінність між «угодою» та «обіцянкою» полягає у тому, що

Мединцев // Актуальні проблеми держави і права. – 2008. – Вип. 42. – С. 188.

<sup>29</sup> Алексеев І. С. Поняття та функції цивільно-правового договору / І. С. Алексеев // Форум права. – 2010. – № 2. – С. 7-10. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010-2/10aiccpd.pdf>. – С. 8.

<sup>30</sup> Цивільно-правовий договір. Проблеми договірного права: Матеріали майстер-класу // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [kul.kiev.ua/images/problem\\_dogovir\\_prava.doc](http://kul.kiev.ua/images/problem_dogovir_prava.doc)



угода може бути виконаною у момент укладення, а обіцянка націлена на виконання у майбутньому<sup>31</sup>.

Крім зазначених вище теорій договору, в доктрині цивільного права виділяють також «актову теорію договору», відповідно до якої договір – це сумісно здійснені відокремлені волевиявлення двох або більше управлених суб'єктів права, спрямовані на регулювання поведінки цих та/або інших суб'єктів, і якими встановлюється на підставі реальної або припущеної згоди правовий результат – правовий акт<sup>32</sup>.

У вітчизняній приватноправовій доктрині спостерігаються різні підходи до категорії «договір», певною мірою, це зумовлено тим, що тривалий час визначення договору не мало закріплення на законодавчому рівні. Разом з тим, інститут договору, як регулятор суспільних відносин, вже був відомий праву Київської Русі. Зокрема, в Руській Правді є згадки про такі види договорів як міна, купівля-продаж, позика, позичка, особистий найм тощо. Однак, безумовно, говорити про формування цілісної системи уявлень чи знань щодо договору того періоду немає підстав.

Подібна ситуація спостерігалася і в наступні історичні періоди. Наприклад, в умовах феодального суспільства законом передбачалися окремі особливості форми та порядку укладення угод, підстави їх припинення. В другій половині XVII - XVIII ст.. вже була сформована добре розроблена система договорів, серед яких найпоширенішими були купівля-продаж, обмін, позика, оренда, в тому числі оренда землі, укладення договорів засвідчувалося записом в актових книгах, діяли правові гарантії виконання договірних зобов'язань<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Мілаш В. С. Перспективи модернізації договірних правовідносин у сфері господарювання: монографія / В. С. Мілаш; Харк. нац. ун-т міськ. госп-ва ім. О. М. Бекетова. – Х.: ХНУМГ, – 2014. – с.24-25.

<sup>32</sup> Там же. – С.24.

<sup>33</sup> Історія держави і права України: підручник / В.Д. Гончаренко, В.М. Єрмолаєв, В.О.Рум'янцев та ін. ; за ред. В.Д. Гончаренка. – Х.: Право, 2013. – с.211.

Перші системні кроки до законодавчого закріплення категорії «договір» були зроблені в Зводі законів 1900 року, де в т. X ч.1 ст. 1528 було передбачено, що договором визнавалася свідома і вільна угода двох або більше осіб, що встановлювала між ними обов'язкове юридичне відношення. Предметом договору могли бути або майно, або дії осіб, а його мета «...повинна бути непротивною законам, благочинною та громадському порядку». Закон розрізняв укладення договору (тобто, домовленість сторін) та вчинення договору (надання йому форми)<sup>34</sup>.

Закономірним видався подальший розвиток та дослідження поняття «договору» на основі його легального визначення, однак, воно було відсутнім у кодифікованих нормативно-правових актах в сфері цивільного права радянського періоду. Наприклад, у ст. 106 Цивільного кодексу УСРР 1922 року було передбачено, що зобов'язання виникають з договорів і з інших у законі зазначених підстав, зокрема, внаслідок безпідставного збагачення і внаслідок заподіяння іншій особі шкоди; ст. 130 передбачала вимоги щодо порядку укладення договору та його умов<sup>35</sup>, але саме поняття договору не розкривалося.

Подібна ситуація спостерігалася і щодо Цивільного кодексу УРСР 1963 року. Доктринально договір визначали, виходячи з редакції ст. 41 зазначеного нормативно-правового акту, відповідно до якої угодами визнаються дії громадян і організацій, спрямовані на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків. Угоди можуть бути односторонніми і дво- або багатосторонніми (договори)<sup>36</sup>, тобто, у законодавстві

<sup>34</sup> Історія держави і права України: підручник / В.Д. Гончаренко, В.М. Єрмолаєв, В.О.Рум'янцев та ін. ; за ред. В.Д. Гончаренка. – Х.: Право, 2013. – с. 297.

<sup>35</sup> Цивільний кодекс УСРР від 16.12.1922 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://jurist-online.org/laws/codes/ex/civilnyi\\_kodeks\\_usrr\\_1922.pdf](http://jurist-online.org/laws/codes/ex/civilnyi_kodeks_usrr_1922.pdf)

<sup>36</sup> Цивільний кодекс УРСР від 08.07.1963 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1540-06/>

договір зводився до рамок угоди, хоча радянська цивілістична доктрина відзначалася деякою різноманітністю з цього приводу.

У вітчизняному законодавстві відбувається одночасний розвиток двох договірних теорій: правочинної/угодицької (договір як домовленість) та зобов'язальницької (договір як зобов'язання)<sup>37</sup>. Визначення договору, як домовленості двох або більше сторін, що спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків, закріплене у ч. 1 ст. 626 ЦК)<sup>38</sup>, по суті, складається із його основи – домовленості, та мети – встановлення, зміни та припинення цивільних прав та обов'язків. У цьому визначенні домінує правочинний підхід, за якого загальні вимоги до правочину поширюються на цивільно-правовий договір<sup>39</sup>.

Аналізуючи запропоноване законодавче визначення договору, його також не можна сприймати беззастережно, про що неодноразово згадувалося в науковій літературі<sup>40</sup>. Тим не менше, відповідне легальне поняття може стати необхідною основою для подальших науково-теоретичних пошуків в цій сфері. Адже, багатоаспектний погляд на договір сприятиме належному усвідомленню його правової сутності та значення у регулюванні відповідних суспільних відносин.

<sup>37</sup> Мілаш В. С. Перспективи модернізації договірних правовідносин у сфері господарювання: монографія / В. С. Мілаш; Харк. нац. ун-т міськ. госп-ва ім. О. М. Бекетова. – Х.: ХНУМГ, – 2014. – с.25.

<sup>38</sup> Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

<sup>39</sup> Цивільно-правовий договір. Проблеми договірного права: Матеріали майстер-класу // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [kul.kiev.ua/images/problem\\_dogovir\\_prava.doc](http://kul.kiev.ua/images/problem_dogovir_prava.doc)

<sup>40</sup> Бервено С.М. Проблеми договірного права України: Монографія / С.М. Бервено. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – с.10-13/

## 1.2. Підходи до розуміння договору

### 1.2.1. Договір як юридичний факт

Аналізуючи праці відомих цивілістів, зустрічаємо різні визначення договору. Зокрема, договір називають правочином, правовідношенням, підставою виникнення зобов'язання, юридичним фактом, самим зобов'язанням, документом, що фіксує укладення угоди, особливим видом нормативного акту та ін. Однак ні в кого не викликає сумніву твердження, що згода, погодження, домовленість – це суть договірного права<sup>41</sup>. Договірне право дозволяє сторонам вступити в зобов'язання на умовах, які вони самі обирають, кожна сторона формує для себе зобов'язання взамін на зобов'язання іншої сторони. Звісно, навіть згода в її найповнішому розумінні не гарантує, що інша сторона не завдасть нам шкоди, вступаючи з нами в договір. Згода лише усуває певний вид скарг, які ми можемо правомірно заявляти стосовно договору. Однак така свобода договору – це ідея, на якій ґрунтуються договірні зобов'язання, вільно обрані сторонами, на відміну від обов'язків в кримінальному та адміністративному праві, якими зв'язуються сторони без їхньої на те згоди.

Разом з тим, переважна більшість науковців наголошувала на тому, що не існує однозначного визначення терміну «договір» і що йому властиво набувати різного значення за різних обставин. О. С. Іоффе, який був послідовним прихильником множинності значень поняття «договір», звертав увагу на те, що для всебічного ознайомлення з його сутністю

<sup>41</sup> Brian H.Brix. The Ethics of Consent: Theory and practice. Edited by Franklin G.Miller and Alan Wertheimer. Oxford university press, 2010.251 pages; Barbara H. Fried, "What's Morality Got to Do With It?" . Harvard Law Review Forum 120 (2007):53-61. Available at <http://harvardlawreview.org/forum/issues/120/jan07/bfried.pdf>. - С. 53-61.

«договір повинен бути вивчений як юридичний акт і як правовідношення»<sup>42</sup>.

В українському праві договір розглядається як зустрічне волевиявлення його учасників, домовленість сторін, спрямована на встановлення, зміну чи припинення певних прав чи обов'язків. У ст. 11 ЦК України зазначено, що цивільні права та обов'язки виникають із правочинів поряд з іншими юридичними фактами. Це обумовило традиційне розуміння договору як підстави виникнення, зміни та припинення цивільних прав та обов'язків. Договір, як й інший юридичний факт реалізовує передбачену в нормах права можливість виникнення прав та обов'язків. Із цієї точки зору він є юридичним фактом, основною підставою виникнення зобов'язальних правовідносин. Очевидно, що розробники ЦК України виходили саме з цієї позиції, оскільки договір визначено як домовленість, спрямовану на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Таке розуміння договору було зафіксовано ще в римському приватному праві, яке і було взяте за основу як за радянського часу, так і зараз.

Визначення договору як домовленості, вважає А.Д.Корецький, є невдалим. На його думку, юридична помилка полягає у тому, що не будь-яка домовленість спрямована на виникнення, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків, визнається цивільно-правовим договором. Автор наводить приклади, коли більшість недійсних договорів на етапі свого укладення виступають домовленостями, сторони яких добросовісно бажають встановити (змінити чи припинити) цивільне правовідношення. Проте пізніше, на етапі свого виконання або після того, як всі обов'язки будуть виконані сторонами, подібний договір суд може визнати недійсним у

<sup>42</sup> Иоффе О. С. Избранные труды [Текст]: в 4 т. Т. 3. Обязательственное право / О. С. Иоффе. – СПб. : Юридический Центр Пресс, 2004. – 837 с. – С. 75

зв'язку з дефектом форми, змісту, помилки волі, помилки в суб'єкті чи з інших причин»<sup>43</sup>.

Така критика є справедливою, хоча О. І. Зозуляк вказує і на позитивні моменти такого визначення, пов'язані із намаганням законодавця уніфікувати цивілістичні терміни та категорії, що використовуються в країнах СНД, зокрема аналогічне визначення договору можна знайти в ч. 1 ст. 420 ЦК РФ, ч. 1 ст. 390 ЦК Беларусь та інших країн пострадянського простору<sup>44</sup>.

Законодавче визначення поняття договору зазнало певної критики у зв'язку з відсутністю в ньому категорії правочин, яку введено замість поняття «угода». Досліджуючи цю проблему, С.М.Бервено зазначає, що новий ЦК України сприйняв поняття договір, сформульоване в юридичній доктрині ще радянського періоду, яке зводилось до розуміння договору як юридичного факту, що породжує відповідні цивільні правовідносини, тобто в ньому взагалі не знайшлося місця ознакам, які хоча б певною мірою відображали нові базові принципи побудови договірних прав<sup>45</sup>.

М. М. Сибільов зазначає, що саме правочинна природа договору дала можливість дослідникам виявити його ознаки як юридичного факту: по-перше, наявність єдиного волевиявлення двох або більше осіб, що виражає їх загальну волю; по-друге, спрямованість спільних дій на досягнення певних цивільно-правових результатів. Науковець сформулював чи не найповніше визначення договору: «Договір у сфері приватного права – це єдине волевиявлення двох або більше юридично

<sup>43</sup> Корецкий А. Д. Договорное право России. Основы теории и практика реализации / А. Д. Корецкий. – М.: ИКЦ «МарТ»; Ростов н/Д: Издательский центр «МарТ», 2004. – 528 с. – С. 19.

<sup>44</sup> Зозуляк О. І. Сутність договору як правової форми, в якій реалізується цивільна правосуб'єктність юридичних осіб / О. І. Зозуляк // Приватне право та підприємництво. Збірник наукових праць. Вип.10 / [за ред. О. Д. Крупчан (гол.ред.) та ін.]; Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва НАПрН України. – К., 2011. – 216 с. – С. 111.

<sup>45</sup> Бервено С. М. Проблеми договірних прав України: монографія / С. М. Бервено – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 392 с. -

рівних осіб, що збігається, зафіксоване у вигляді передбачених ним або законом у письмовому документі з подальшою його легалізацією, що виражає їх спільну вільну волю на досягнення певних цивільно-правових (приватних) результатів майнового чи немайнового характеру, настання яких відбувається в межах зобов'язання з позитивним змістом, що виникає між ними і не зачіпає прав та законних інтересів третіх осіб, у разі здійснення боржником певних дій, які відповідають праву вимоги кредитора»<sup>46</sup>.

О. В. Дзера обґрунтовує тотожність понять «договір» та «угода», а також пише про те, що не кожний правочин є договором, а лише той, який опосередковує обов'язкову домовленість двох або більше осіб, спрямовану на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків<sup>47</sup>. Подібної позиції дотримується С. Шимон, що вказує на доцільність усунення невизначеності глумачення термінів «договір», «домовленість», «угода»: у значенні «договір» слід використовувати термін «угода», «договір», а «домовленість» має використовуватися виключно у вузькому розумінні, не тотальному договору, угоді<sup>48</sup>.

Дійсно, домовленість та договір є спорідненими поняттями і нерідко ототожнюються. І договір, і домовленість є або можуть бути юридичними діями, спрямованими на виникнення, зміну

<sup>46</sup> Сибільов М. М. Загальні положення регулювання відносин у сфері надання послуг за проектом нового Цивільного кодексу України / М. М. Сибільов // Вісник Академії правових наук України. – 1996. – №4. – С. 84-87. – С. 87.

<sup>47</sup> Цивільне право України: підручник / [за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика]. – К. : Юрінком Інтер, 2010 – 976 с. – С. 504.

<sup>48</sup> Шимон С. Юридичне значення «домовленості» в цивільному праві // Розвиток цивільного законодавства. Посткодифікаційний період: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої 175-річчю Київського національного університету ім. Т. Шевченка. – К.: Освіта, 2010. – 292 с. – С. 128-129. – С. 128-129.

чи припинення цивільних прав та обов'язків, у них наявне погодження волі учасників, присутні сторони.

Однак термін «домовленість» може вживатись і в інших значеннях, наприклад у таких випадках:

- Відповідно до ст. 123 ЦК України прибуток та збитки повного товариства розподіляється між його учасниками пропорційно до їхніх часток у вкладеному капіталі, якщо інше не передбачено засновницьким договором або *домовленістю*. У даній статті домовленість наче протиставляється договору, виступає нарівні з останнім підставою виникнення цивільно-правових наслідків.

- В інших випадках домовленість ототожнюється з договором. Наприклад, в ст. 604 ЦК України зазначається, що зобов'язання припиняється за *домовленістю* сторін про заміну первісного зобов'язання новим зобов'язанням між тими ж сторонами (новация).

- Багато статей ЦК України, що стосуються окремих видів договірних зобов'язань, містять вказівку «... якщо інше не встановлено договором». Іноді трапляються такі формулювання як «у разі відсутності іншої *домовленості* сторін...» (наприклад, ч. 1 ст. 1048 ЦК України). Очевидно, у такому випадку зазначені поняття ототожнюються. Однак, незрозумілим є тоді визначення поняття договору через поняття домовленості як через поняття, що не синонімічні, а тотожні.

Ймовірно, законодавець, вживаючи таке поняття домовленості нарівні з поняттям договору, закладає єдиний зміст – правові наслідки повинні виникати тільки після погодження їх сторонами і за взаємною згодою; в подальшому домовленість повинна бути відповідним чином оформлена для надання їй юридичної сили.

Відмінність домовленості і договору полягає в тому, що в домовленості відсутні гарантії виконання зобов'язання, воно є незабезпеченим, оскільки будь-яка сторона може відмовитися від домовленості. До домовленості не застосовується принцип «*pacta sunt servanda*». Окрім того, договір існує лише як правове явище. За межами права поєднана воля сторін не становить собою договір, а лише домовленість, узгодження, «уговор»

(рос.) тощо. У зв'язку з цим такі ознаки, як правомірність, спрямованість на встановлення, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків і т.д., є необхідними (а не лише достатніми) формуючими ознаками договору.

Визначення поняття договору можливо здійснити двома способами: по-перше, вказавши на суть явища (таким шляхом пішов законодавець). Однак, оскільки таке визначення позасистемне, то при цьому потрібно вичерпно перелічити усі ознаки. Дійсно, наприклад, домовленість, спрямована на встановлення зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків (що становить собою визначення договору в ЦК) не обов'язково є договором, тому запропоноване визначення не відображає суттєві ознаки договору, які б відмежовували його від суміжних явищ, або від того родового явища, через яке він визначається – домовленості. Домовленість у тому випадку стає договором, якщо вона досягнута з дотриманням вимог, встановлених для укладення договору. Якщо визначати договір як домовленість, то необхідно вказати всі ознаки, що притаманні правочину, а саме ті, які перелічені серед умов його дійсності.

По-друге, визначити договір можна у межах системи юридичних фактів, а саме через категорію вищого порядку – правочин. У такому разі договору по замовчуванню надаються усі ознаки, необхідні для існування правочину, проте слід вказати вирізняльну ознаку серед суміжних видів правочину, а саме – односторонніх правочинів. Із самого початку договори відмежовувались від односторонніх правочинів за ознакою кількості осіб, які вчиняють правочин<sup>49</sup>. У сучасній науці існує подібний критерій розмежування: в залежності від кількості сторін, волевиявлення яких потрібне для виникнення правочину, правочини поділяються на одно-, дво- та багатосторонні.

<sup>49</sup> Васильовський Е. В. Учебник гражданского права: [учебник] / Е. В. Васильовский. – М. : Статут, 2003. – 382 с. – С. 112; Вильнянский С. И. Лекции по советскому гражданскому праву [Текст]. Ч.1 / С.И.Вильнянский. – Харьков: Изд-во Харьк.ун-та, 1958. – 339 с. – С. 85.

Одностороннім визнається правочин, для виникнення якого досить дії однієї сторони<sup>50</sup>. Односторонній правочин формується однією особою, тому він є одномісним відношенням з однією стороною<sup>51</sup>. Таким чином, головною ознакою одностороннього правочину є те, що в ньому бере участь виключно одна сторона<sup>52</sup>, тоді як в договорі, на противагу, взаємодіє як мінімум дві сторони. Однак, як правомірно зазначає Р. І. Таш'ян, уже дореволюційні вчені зрозуміли, що ознака кількості сторін потребує детального розкриття і пояснення. Так, деякі правовідносини можуть виникати внаслідок сукупності односторонніх правочинів. Наприклад, складання та видача векселя і його акцепт є односторонніми правочинами, які разом створюють у особи, яка тримає вексель, право отримати за ним гроші. Хоча в наведеному прикладі правовідносини виникають внаслідок дій кількох осіб, однак їх підставою є односторонні правочини, а не договір<sup>53</sup>. Крім того існують односторонні правочини з множинністю осіб на стороні, так звані багатосуб'єктні односторонні правочини. Тому вбачається, що такого критерію розмежування односторонніх правочинів та договорів, як кількість сторін правочину, недостатньо.

Аналізуючи правову сутність правочинів, інтерес викликає «вольовий» аспект. Ю. С. Гамбаров зазначав, що односторонні правочини вимагають для свого складу тільки одне волевиявлення без згоди іншої особи на нього, а договори передбачають узгоджену волю двох або декількох осіб, спрямовану на те, щоб викликати юридичні наслідки для них

<sup>50</sup> Заїка Ю. О. Спадкове право України [Текст]: навч. посіб. / Ю. О. Заїка. – К. : Істина, 2006. – 216 с. – С. 126.

<sup>51</sup> Бородавський С. О. Спірні питання одностороннього правочину / С. О. Бородавський // Актуальні питання цивільного та господарського права: науково-практичний журнал. – 2010. – №4 (23). – С. 4-8. – С. 5.

<sup>52</sup> Таш'ян Р. І. Односторонні правочини у цивільному праві : монографія / Р. І. Таш'ян; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х. : Право, 2010. – 199 с. – С. 34.

<sup>53</sup> Там же. – С. 35.



або осіб, представниками яких вони є<sup>54</sup>. Укладаючи договір, сторони узгоджують свої волі. Проте в односторонніх правочинах можливе узгодження волі, наприклад, при оголошенні конкурсу та поданні роботи, яка відповідає умовам конкурсу. В даному випадку другий односторонній правочин узгоджується з умовами першого одностороннього правочину.

У договорі волі узгоджуються в самому правочині, а в односторонніх правочинах узгодження відбувається за межами єдиного цілісного акту. Окрім того, в договорі спочатку визначаються сторони та обов'язково заздалегідь погоджуються всі істотні умови. При вчиненні кількох односторонніх правочинів інша сторона (іншого одностороннього правочину) може бути ще невідомою на момент вчинення першого одностороннього правочину (наприклад, при оголошенні конкурсу). Як бачимо, в сукупності односторонніх правочинів відсутнє єдине погоджене волевиявлення.

Здавалось би, з'ясована ще одна ознака відмінності односторонніх правочинів та договорів. Проте існують договори, в яких одна сторона узгоджує свою волю з умовами, визначеними іншою стороною (наприклад, в договорах приєднання – ст. 634 ЦК), що знову ж таки утруднює розмежування цих явищ.

Встановлюючи поняття договору в ЦК, законодавець зробив акцент на тому, що між сторонами повинна бути домовленість. Фабула наступної справи ілюструє, що істотною ознакою договору є наявність саме домовленості між сторонами, а за її відсутності – відсутній і сам договір як такий. Так, Феодосійський міський суд Автономної Республіки Крим в рішенні від 17 січня 2012 року у справі № 2-3861/11/0121 про визнання договору дарування дійсним та визнання права власності встановив, що між позивачем та відповідачем 2 жовтня 2009 року було укладено договір дарування

<sup>54</sup> Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права. Т. 1: Общая часть / Ю. С. Гамбаров. – СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича. – 1911. – С. 678.

домоволодіння. Договір укладено у простій письмовій формі, нотаріально не посвідчено. Суд зробив висновок, що оскільки відповідач відмовляється від нотаріального посвідчення договору, що вбачається з пояснень позивача, дарування є одностороннім правочином. Таким чином, суд дійшов висновку про відсутність волі та згоди відповідача на передання дару позивачу, а отже, на відсутність домовленості за суттєвими умовами договору, а тому відсутні підстави визнавати такий правочин дійсним<sup>55</sup>.

При цьому домовленість є частковим випадком погодження волі. Адже, наприклад, і при спадкуванні відбувається узгодження двох воľ – воля спадкоємця на прийняття спадщини узгоджується із волею заповідача, однак між ними відсутня домовленість, тому і заповіт, і прийняття спадщини є односторонніми правочинами, а не договором.

В. А. Белов зазначає, що від простої сукупності двох і більше односторонніх правочинів договори відрізняються тим, що окреме вираження волі кожної з сторін договору не може створювати тих правових наслідків, на які воно спрямоване, однак створює інші наслідки, які є необхідними умовами дійсності акту вираження волі іншою стороною<sup>56</sup>.

Отже, окремі волевиявлення сторін не створюють бажаних для сторін наслідків. Як правомірно зазначав С. І. Реутов, односторонній юридичний акт тягне за собою правові наслідки, незалежно від волевиявлення інших учасників правовідносин<sup>57</sup>. У той же час для існування договору необхідна узгоджена воля сторін, що проявляється в єдиному волевиявленні. Такої ж

<sup>55</sup> Рішення Феодосійського міського суду Автономної Республіки Крим від 17 січня 2012 року у справі № 2-3861/11/0121 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень України. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/20993896>

<sup>56</sup> Белов В. А. Сингулярное правопреемство в обязательстве / В. А. Белов. – М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. – 639 с. – С. 127.

<sup>57</sup> Реутов С. И. Юридические факты в советском семейном праве [Текст]: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / С. И. Реутов. – М., 1976. – 25 с. – С. 16.

думки притримувався О. С. Іоффе, який вказував, що дійсність односторонніх правочинів не залежить від дій осіб, до яких вони звернені<sup>58</sup>.

При вчиненні двох і більше односторонніх правочинів, які є частинами фактичного складу, кожний із односторонніх правочинів створює окремі правові наслідки, і юридична сила кожного з них не залежить від будь-яких інших юридичних фактів. У той же час договір є спільним вольовим актом, який породжує передбачені правові наслідки лише після досягнення домовленості між сторонами як єдиного вольового акту.

Таким чином, основними ознаками договору, що відрізняють його від одностороннього правочину, є наступними:

1. Дві або більше сторони.
2. Наявність узгодження волі.
3. Домовленість між сторонами.

При цьому кожна наступна з цих ознак впливає з попередньої.

Повертаючись до визначення договору відзначимо, що якщо слідувати першим шляхом – то отримаємо надто громіздке визначення, за обсягом як мінімум наступне: «Договором є домовленість сторін, що володіють необхідним обсягом цивільної дієздатності і воля яких є вільною та відповідає їхньому волевиявленню; вчинена у формі, встановленій законом, що спрямована на реальне настання цивільно-правових правових наслідків, які обумовлені нею». Пропонуючи скористатись другим шляхом при з'ясуванні поняття договору, визначаємо договір наступним чином: «Договір – це правочин, що містить в собі домовленість двох або більше сторін».

Відомі цивілісти М. І. Брагинський та В. В. Вітрянський стверджують, що договори належать до того різновиду

<sup>58</sup> Иоффе О. С. Избранные труды [Текст] : в 4 т. Т. 2: Советское гражданское право / О. С. Иоффе. – СПб : Юридцентр Пресс, 2004. – 511 с. – С. 276.

юридичних фактів, які іменуються правочинами («сделками»)<sup>59</sup>. Погоджуємося, що розуміння договору як юридичного факту відображає його суть та основне призначення.

Як і будь-який інший юридичний факт, договір запускає механізм реалізації норми права. При цьому договір ще визначає зміст та обсяг договірної зобов'язання, виступаючи своєрідною «лінзою», через яку проходять закріплені в законі вказівки законодавця щодо врегулювання тих чи інших відносин, «заломлюються» під тим кутом, який є прийнятним для обох сторін. Таким чином, для сторін, що уклали договір, останній виступає джерелом індивідуальних правил поведінки для сторін.

Беручи до уваги місце договору в системі юридичних фактів, договір є:

- 1) дією;
- 2) правомірною дією;
- 3) актом;
- 4) правочином;
- 5) дво- або багатостороннім правочином.

Аналізуючи співвідношення договору з кожним з цих понять, можна виокремити певні ознаки, притаманні договору як юридичному факту.

1. **Воля.** По-перше, факт укладення договору залежить від волі суб'єктів; по-друге, воля знаходить свій вияв у договорі.

Фундаментальною ознакою договору є взаємна згода, домовленість: договір вважається дійсним, якщо і тільки якщо обидві сторони чітко дали зрозуміти про свою згоду, що виражається у підписах на документі<sup>60</sup>. В американській правовій літературі взаємна згода повинна володіти двома ознаками – достатності та необхідності. Згода є достатньою для визначення контракту (сторони мають право на вираження

<sup>59</sup> Брагинский М. И. Договорное право. Книга первая: положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М.: Статус, 2002. – 848 с. – С. 233.

<sup>60</sup> Calamari, John D., and Joseph M. Perillo. The Law of Contracts. Fourth edition. St. Paul, Minn.: West Group. 1999, 10-11.

згоди, що дозволяє їм створити дійсний договір, коли вони того бажають) і також є необхідною для контракту (сторона не зобов'язана доти, доки вона сама того не бажає)<sup>61</sup>.

Основною характеристикою правочину як юридичного факту є його формування на основі вільного виявлення волі учасника цивільних відносин через вчинення правомірного юридичного акту<sup>62</sup>. Відповідні правові наслідки з договору настають тому, що саме на них була спрямована воля учасників договору.

**2. Законність.** На противагу неправомірним діям договір не є протиправним діянням, а можливість укладення договору закріплена в чинних законодавчих актах України.

Правомірність, як ознака договору, полягає в непротириччі вчиненої дії нормам і принципам права. Суб'єктивно, тобто в свідомості суб'єкта, правомірність договору проявляється в узгодженні ним своїх дій з вимогами норм і принципів права. Ознака правомірності охоплює вимоги до змісту і форми договору, бо дія, що лежить в основі договору, є оформлений належним чином зміст договору. При цьому ознака правомірності поширюється лише на ті елементи змісту і форми, невиконання яких тягне за собою невизнання за актом поведінки якості договору.

Презумпція правомірності правочину виражена в ст. 204 ЦК, де зазначається, що правочин є правомірним, якщо його недійсність прямо не встановлена законом або якщо він не визнаний судом недійсним. Однак, якщо ознакою правочину є його правомірність (а саме цим він відрізняється від неправомірних дій в системі юридичних фактів), то дана стаття

<sup>61</sup> Benjamin E. Hermalin, Avery W. Katz, and Richard Craswell. Law & Economics of Contracts // The Handbook of Law & Economics, Columbia Law and Economics Working Paper No.296, 2006. Available at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=907678](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=907678). – С. 57.

<sup>62</sup> Господарське право України: Підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих закладів освіти / [В. М. Гайворонський, В. П. Жушман, Н. В. Погорєцька та ін.]; за ред. В. М. Гайворонського та В. П. Жушмана. – Х. : Право, 2005. – 384 с. – С. 6-8.

є суперечливим судженням, оскільки передбачає випадки існування неправомірних правочинів. Однак, якщо встановлена неправомірність, тоді правочин як такий відсутній, хоч і створює певні (інші, ніж ті, на які була спрямована воля учасників договору) правові наслідки. Фактичний зміст цієї статті означає, що правочин створює узгоджені сторонами правові наслідки у вигляді встановлення, зміни чи припинення прав та обов'язків, якщо законом чи судовим рішенням не встановлено порушення нормативних приписів.

Питання щодо правової природи недійсних правочинів є дискусійним. У цивільно-правовій науці існують дві протилежні позиції. Прибічники першої розглядають недійсний правочин як правочин (наприклад, Д. М. Генкін<sup>63</sup>, О. В. Гутніков<sup>64</sup>). Позиція Д. М. Генкіна з приводу даного питання полягає у тому, що правомірність чи неправомірність не є необхідним елементом правочину як юридичного факту, а визначає лише ті чи інші наслідки правочину. Виходячи з цієї позиції, якщо ознака (не)правомірності обумовлює наслідки договору, тоді вона не є обов'язковою умовою для вчинення договору. Проте здійснення договору передбачає використання правомірних засобів. В іншому разі правова мета не досягається і настають відмінні від передбачених сторонами наслідки.

Прибічники іншої позиції вважають, що недійсні правочини не є правочинами по суті, оскільки не дотримані умови стосовно їх правомірності і законності (М. М. Агарков<sup>65</sup>,

<sup>63</sup> Генкин Д. Недействительность сделок совершаемых с целью, противной закону / Д. Генкин // Ученые записки ВЮИОН МЮ СРСР. – М. : Изд-во МЮ СРСР, 1947. – Вып. 5. – С. 60-74.

<sup>64</sup> Гутников О. В. К вопросу о понятии недействительных сделок / О. В. Гутников // Недействительность в гражданском праве: проблемы, тенденции, практика: Сборник статей / [Отв. Ред. М. А. Рожкова]. – М.: Статут, 2006. – С. 93-94.

<sup>65</sup> Агарков М. М. Избранные труды по гражданскому праву: в 2-х т. / М. М. Агарков. – М. : ЦентрЮрИнфоР, 2002. – Т. 1. – 205 с. – С. 141.

В. І. Жеков<sup>66</sup>] та ін.), однак більшість науковців одностайні в тому, що правові наслідки наступають і в результаті здійснення протиправного правочину (І. Б. Новицький<sup>67</sup>, М. О. Рожкова<sup>68</sup>, Р. О. Халфіна<sup>69</sup>). Подібну точку зору в українській цивілістиці поділяє І. В. Спасибо-Фатєєва, вважаючи що недійсний правочин не може бути юридично байдужим фактом, в силу того, що з його укладенням закон пов'язує виникнення для сторін певних наслідків (хоча і не тих, яких прагнули сторони)<sup>70</sup>.

У жодному разі правочин не може розглядатися як неправомірний дія, а отже і правопорушення, тому що в цьому випадку він не буде забезпечений державним примусом і не володітиме властивістю «*pacta sunt servanda*». Як правомірно зазначає С. О. Бородовський, цивільне законодавство України не містить положень про правове регулювання правопорушень, натомість є лише заборонні норми, що декларують незаконність вчинення правопорушень або ж передбачають відповідальність за їх вчинення<sup>71</sup>. Тобто однозначно можна стверджувати, що волевиявлення з порушенням умов його здійснення не є договором, і, відповідно, не породжує тих наслідків для сторін, які складали правову мету бажаного договору. Проте такі дії не

<sup>66</sup> Жеков В. І. Правочини, які порушують публічний порядок за цивільним законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. І. Жеков. – Одеса, 2006. – 20 с. – С. 10.

<sup>67</sup> Новицкий И. Б. Сделки. Исковая давность. / И. Б. Новицкий. – М.: Госюриздат, 1954. – 245 с. – С. 11-12.

<sup>68</sup> Рожкова М. Юридические факты в гражданском праве / М. Рожкова // Хоз-во и право. – 2006. – Прил. К №7. – 80 с. – С. 48.

<sup>69</sup> Халфина Р.О. Советская теория гражданского права: Т.1. / Р.О.Халфина. – М., 1969. – С. 194.

<sup>70</sup> Спасибо-Фатєєва І. В. Недійсні правочини та проблеми застосування реституції / І. В.Спасибо-Фатєєва // Щорічник українського права. – 2009. – №1. – С. 150.

<sup>71</sup> Бородовський С. О. До питання про поняття правочину в цивільному праві України / С. О. Бородовський // Актуальні питання цивільного та господарського права: науково-практичний журнал. – Х., 2008. – № 6(13). – С. 6-8.

завжди є і правопорушенням. Як правомірно зазначає Н. С. Кузнецова, порушення умов щодо дійсності правочину не перетворює цю дію в правопорушення, воно позбавляє цю дію («волевиявлення» по М. М. Агаркову) статусу юридичного факту<sup>72</sup>. Однак, незалежно від того, як кваліфікувати недійсний правочин (нікчемний чи оспорюваний): як «протиправний чи неправомірний правочин» або «правопорушення» він є юридичним фактом, з яким пов'язані певні юридичні наслідки, передбачені частинами 1 і 2 ст.216 ЦК<sup>73</sup>.

3. Спрямованість договору на виникнення, зміну чи припинення правовідносин. Р. О. Стефанчук саме цю ознаку називає визначальною щодо правової природи договору як юридичного факту<sup>74</sup>. Головним критерієм розмежування договору та юридичного вчинку є те, що договір, який є правочином, спрямований на виникнення, зміну і припинення цивільних прав та обов'язків суб'єктів цивільного права, а юридичні вчинки створюють правові наслідки незалежно від своєї спрямованості. Останні можуть вчинятись особами, що не володіють загальною цивільною дієздатністю<sup>75</sup>. На думку В.Ф.Яковлева, головна відмінність юридичних вчинків від правочинів полягає у тому, що правочини – це дії, які мають виключно юридичний зміст, здійснюються у сфері цивільно-

<sup>72</sup> Кузнецова Н. С. Недействительность сделок (к вопросу об антисоциальных сделках и последствиях их совершения) // Альманах цивилистики: Сборник статей. Вып. 4 / [Под ред. Р. А. Майданика]. – К.: Алетія, ІУЛ, 2011. – 430 с. – С. 59-60.

<sup>73</sup> Луць В. В. Деякі аспекти правового регулювання договірних відносин у господарській діяльності / В. В. Луць // Розробка механізму правового регулювання договірних відносин у підприємницькій діяльності / [За ред. академіка АПН України Р. В. Луця]. – К.: НДІ приватного права і підприємництва АПН України, 2009. – 300 с. – С. 14.

<sup>74</sup> Стефанчук Р. О. Цивільне право України: навчальний посібник / Р. О. Стефанчук [Електронний ресурс]. – К.: Прецедент, 2005. – Режим доступу: <http://www.ebk.net.ua>

<sup>75</sup> Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве / О. А. Красавчиков. – М., 1958. – 183 с. – С. 114.

правового обороту та породжують лише правові наслідки; юридичні вчинки ж перебувають поза сферою цивільно-правового обороту<sup>76</sup>. На думку М. О. Рожкової, відмінність юридичного акту від юридичного вчинку виявляється саме в тому, що перший – спрямований на рух правовідношення, тоді як другий – на здійснення та захист суб'єктивного права<sup>77</sup>.

Взагалі виокремлення того, що договір є рушійним механізмом правовідношення, як ознаки договору є доволі спірним питанням. Ознака – це поняття, що характеризує певну статичну характеристику. Вищеописане ж може бути властивістю, яка проявляється в тій чи іншій мірі, характеристикою функції тощо.

Безумовно, договір встановлює, змінює чи припиняє правовідношення, на рух якого він спрямований. Проте договір може і не породжувати руху правовідношення. Наприклад у договорах, укладених з відкладальною умовою, права та обов'язки до настання відповідної умови не настають. На це звертав увагу М. М. Агарков, відзначаючи, що термін «сделка» («правочин») повинен бути збережений лише для означення дій, які створюють той правовий ефект, на який були спрямовані<sup>78</sup>. Однак, слідуючи підходу М. М. Агаркова, до правочинів складно буде віднести ті юридичні дії, які безпосередньо не породжують зобов'язання. Направленість дій на встановлення, зміну чи припинення цивільного правовідношення має місце не лише тоді, коли сторони виразили свою волю безпосередньо на створення такого ефекту, але й тоді, коли вони висловили волю, спрямовану на визначення тих умов, від яких буде залежати настання ефекту. Таким чином, договір безпосередньо фактом

<sup>76</sup> Яковлев В. Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений: учеб. пособие [Электронный ресурс] / В. Ф. Яковлев. – Свердловск: Свердлов. юрид. ин-т, 1972. – 212 с. – Режим доступа: <http://forum.yurclub.ru>

<sup>77</sup> Рожкова М. Юридические факты в гражданском праве / М. Рожкова // Хоз-во и право. – 2006. – Прил. К №7. – 80 с. – С. 67.

<sup>78</sup> Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву / М. М. Агарков. – М., 1940. – 175 с. – С. 48.

свого укладення не завжди породжує рух правовідношення. Вищевикладене дозволяє розрізнити правові наслідки, які зумовлює договір: виникнення, зміна чи припинення цивільних прав та обов'язків або стан можливості таких наслідків у випадку, якщо договір є одним із елементів юридичного складу.

4. Породження договором виключно цивільно-правових наслідків. Очевидно, що попередньої ознаки недостатньо для розкриття сутності договору. Так, спрямованість дій на рух цивільно-правових наслідків характерна, наприклад, і для адміністративних актів. Відсутність вказівки в законодавчому визначенні на характер юридичних наслідків, які створюються договором, призводить до суперечливого розуміння самого поняття договору. В основі особливостей наслідків договору лежить добровільність здійснення дій учасниками та їх рівність між собою, а виконання породжуваного договором зобов'язання відповідає інтересам кожної зі сторін.

На відміну від адміністративного акту, правочини вчинюються з метою викликати тільки цивільно-правові наслідки, в той час як адміністративні акти зумовлюють виникнення адміністративно-правових наслідків. Договір здійснюється суб'єктами цивільного права, а орган, що вчиняє адміністративний акт, спрямований на встановлення цивільно-правових правовідносин, ніколи сам не стає учасником цього правовідношення<sup>79</sup> [109, с.251].

5. Участь у договорі щонайменше двох сторін. На відміну від одностороннього правочину, у договорі відображаються свідомі, цілеспрямовані, вольові дії двох або більше сторін. Для вчинення договору необхідна зустрічна воля щонайменше двох сторін; договір також може бути багатостороннім правочином, але ніколи – одностороннім. Односторонній правочин – це акт розпорядження суб'єктом цивільними правами, який створює обов'язки тільки для особи, яка вчинила цей правочин; для

<sup>79</sup> Иоффе О. С. Избранные труды [Текст] : в 4 т. Т. 2: Советское гражданское право / О. С. Иоффе. – СПб : Юридцентр Пресс, 2004. – 511 с



інших осіб він може створювати обов'язки лише у випадках, встановлених законом, або за згодою цих осіб.

В англійському договірному праві договір визначається як юридична угода між двома або більше сторонами із взаємними зобов'язаннями. Вважається, що домовленість зумовлює виникнення контракту. За загальним правом основними ознаками контракту є взаємна згода та договірне зустрічне задоволення. Формуючою поняття договору є та обставина, що одна сторона робить пропозицію, яку інша сторона приймає для того, щоб домовитись. Це становить «конкурентію волей» (concurrency of wills), що призводить до consensus ad idem (meeting of the minds<sup>80</sup>) – зближення чи погодження позицій двох чи більше сторін. Під договірним зустрічним задоволенням розуміється сукупність благ, які кредитор надає боржнику взаємно на сукупність благ, які боржник надає кредитору. Зазвичай, такими благами є певна дія або утримання від дії. Зустрічне задоволення складається із сукупності певних ущемлень та вигод. Зазнавання несприятливих наслідків полягає в тому, що стороною дається обіцянка зробити щось або утриматися від якоїсь дії, на яку вона має або не має право. Вигода – це те, чого бажає сторона, яка зробила оферту. Сукупність законних ущемлень та вигоди становлять собою договірне зустрічне задоволення та створюють взаємообмінні відносини, в яких сторони погоджуються обмінятися наявними в них благами. Мета зустрічного договірного задоволення – в гарантуванні того, що домовленість насправді існує, а обіцянки сторін є взаємно бажаними та погодженими. Отже, основною ознакою договору в англійському праві вважається наявність різних волей у сторін та їх погодження в процесі укладення договору.

<sup>80</sup> Brian H. Bix. The Ethics of Consent: Theory and practice. Edited by Franklin G. Miller and Alan Wertheimer. Oxford university press, 2010. 251 pages; Barbara H. Fried, "What's Morality Got to Do With It?" . Harvard Law Review Forum 120 (2007): 53-61. Available at <http://harvardlawreview.org/forum/issues/120/jan07/bfried.pdf>. - C. 254.

Морфологічно слово «контракт», що означає різновид договору в українському законодавстві і є загальновживаним у зарубіжній практиці, складається з частин «cont» та «act». Приставка «cont» (лат.) означає протилежний або зустрічний процес. Слово «act» похідне від лат. «actus» і значить будь-яку дію, що відбулася; документ, що містить в собі постанову, рішення, угоду, свідоцтво та ін. Етимологія цього слова свідчить про те, що для договору необхідно не менше двох сторін, цілі та волі яких протиставлені одна одній. Досягнення мети та реалізація волі однієї сторони неможлива без залучення іншої сторони, і в той же час цілі у сторін – протиставлені. Саме наявність у договорі відособлених волей суб'єктів договору, а звідси і наявність сторін в договорі може слугувати універсальною та унікальною ознакою договору<sup>81</sup>. На нашу думку, лише така ознака властива для усіх видів договорів та водночас відокремлює договір від інших правових актів. Універсальність даної ознаки полягає в тому, що вона спостерігається у договорі будь-якого типу, універсальною ознакою володіє будь-який договір і не володіє жоден інший акт. Унікальність даної ознаки полягає в тому, що вона притаманна лише договору і не властива ніяким іншим правомірним діям.

Виокремлення такої універсальної ознаки не означає, що не потрібно вести мову про інші ознаки. Їх можна і потрібно досліджувати. І лише враховуючи усі інші ознаки (наприклад, такі, як обов'язковість чи свобода договору), можна повною мірою визначити специфіку використання даного поняття та більш всесторонньо охарактеризувати такий особливий юридичний факт як договір.

### 1.2.2. Договір як правовідношення

У той час, як не викликає сумніву концепція сприйняття договору як юридичного факту, багато хто з досл...

<sup>81</sup> Васильєва В. В. Договір як підстава виникнення цивільно-правового зобов'язання: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / В. В. Васильєва. – К., 2013. – 216 с. – С. 80.

поняття договору зазначає, що визначення багатьма авторами договору лише як юридичного факту є занадто спрощеним розумінням дійсного змісту правової природи договору<sup>82</sup>. Ще О. С. Іоффе звертав увагу на те, що для всебічного ознайомлення з його сутністю «договір повинен бути вивчений як юридичний акт і як правовідношення»<sup>83</sup>.

Існування великої кількості визначень договору зумовлює застосування багатопоп'ятійного підходу до розуміння договору. Така позиція чітко простежується в роботах ряду вчених. Зокрема, О. С. Іоффе відзначав, що іноді під договором розуміється саме зобов'язання, що виникає з такої домовленості, а в деяких випадках цей термін позначає документ, що фіксує факт виникнення зобов'язання з волі всіх його учасників<sup>84</sup>. У даному контексті можна навести і висловлювання Н. Д. Єгорова: «Під договором розуміють і юридичний факт, що лежить в основі зобов'язання, і саме договірне зобов'язання, і документ, в якому закріплений факт встановлення зобов'язального правовідношення»<sup>85</sup>.

І дійсно, трактування договору виключно як юридичної підстави не дозволяє зрозуміти змісту правовідношення, яке виникає із непередбаченого законом договору (але укладення якого при цьому допускається). При цьому створюється ситуація, коли безпосередньо права та обов'язки неможливо закласти в нормах права, і тоді виникає необхідність в закладенні їх договором. Направленість договору на рух правовідношення не означає того, що призначення договору

вичерпується роллю підстави виникнення, зміни чи припинення цивільних прав та обов'язків. Саме тому договір слід розглядати і як правовідношення, яке виникає в результаті укладення договору (правочину), оскільки саме в правовідношенні існують і реалізуються суб'єктивні права та обов'язки сторін договору. Роль договору не обмежується тільки тим, що він впливає на динаміку цивільних правовідносин, а й визначає зміст конкретних прав та обов'язків учасників договірних зобов'язань<sup>86</sup>. І. Венедіктова зазначає, що положення договору є мононормами, які поширюються на визначених осіб і становлять збіг їхніх інтересів у здійсненні певних дій, переходу благ тощо<sup>87</sup>. Н. С. Кузнецова вказує, що договір відрізняється від інших юридичних фактів тим, що він не тільки дає підстави для застосування тієї чи іншої норми права до конкретного випадку і для виникнення, зміни або припинення конкретного правовідношення, а й безпосередньо регулює поведінку сторін, визначає права і обов'язки учасників утворюваного ним правовідношення<sup>88</sup>.

Безперечно, слід погодитися з такими твердженнями. Договір як особливий юридичний факт не лише зумовлює настання певних юридичних наслідків, але й є джерелом індивідуальних правил поведінки для сторін, своєрідною програмою дій учасників.

Закріплені в законі вказівки законодавця щодо врегулювання тих чи інших відносин у договорі проходять відбір та видозмінюються (у дозволеніх законом межах) стають такими, що є прийнятними для обох сторін і в кінцевому результаті втілюються у цивільно-правовому зобов'язанні. Охарактеризувати точки дотику та взаємодії норми, договору та

<sup>82</sup> Бєрвєно С. М. Проблеми договірної права України: монографія / С. М. Бєрвєно – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 392 с. – С. 11.

<sup>83</sup> Иоффе О. С. Избранные труды [Текст]: в 4 т. Т. 3. Обязательственное право / О. С. Иоффе. – СПб. : Юридический Центр Пресс, 2004. – 837 с. – С. 75.

<sup>84</sup> Иоффе О. С. Избранные труды [Текст]: в 4 т. Т. 2: Советское гражданское право / О. С. Иоффе. – СПб. : Юридцентр Пресс, 2004. – 511 с.

<sup>85</sup> Гражданское право: учебник в 2-х т. Том I / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. – М.: БЕК, 2002. – 816 с. – С. 26.

<sup>86</sup> Луць В. В. Договір як регулятор цивільних відносин / В. В. Луць // Право України. – 2012. – №9. – С. 19-25. – С. 20.

<sup>87</sup> Венедіктова І. Реалізація охоронюваних законом інтересів у договірних правовідносинах / І. Венедіктова // Право України. – 2012. – №9. – С. 78-84. – С. 78.

<sup>88</sup> Кузнецова Н. С. Договір у механізмі регулювання цивільно-правових відносин / Н. С. Кузнецова // Право України. – 2012. – №9. – С. 12-18. – С. 14.

цивільно-правового зобов'язання з нього можна наступним чином.

Гіпотеза норми, як відомо, визначає адресатів норми та умови, за яких норма підлягає застосуванню, що в свою чергу вказує на можливих сторін договору та його форму. Зобов'язання, в свою чергу, поглинає вказівку на сторони і тим самим формуються суб'єкти цивільно-правового зобов'язання. Наприклад, за договором страхування одна сторона (страховик) зобов'язується у разі настання певної події (страхового випадку) виплатити другій стороні (страхувальникові) або іншій особі, визначеній у договорі, грошову суму (страхову виплату), а страхувальник зобов'язується сплачувати страхові платежі та виконувати інші умови договору (ст. 979 ЦК України). Форма ж ніяким чином не виражається у зобов'язанні, а виступає лише гарантом відповідності волевиявлення сторін волі та є умовою дійсності договору.

Диспозиція правової норми є елементом юридичної норми, яка містить саме правило поведінки і вказує на те, якою може бути і якою повинна бути ця поведінка, встановлює суб'єктивні права та суб'єктивні обов'язки адресатів. Диспозиція норми визначає зміст договору, тобто сукупність його умов, якими сторони побажали керуватись надалі, та зміст зобов'язання, тобто сукупність прав та обов'язків сторін. Тут найбільше проявляється диспозитивність поведінки сторін, оскільки зміст договору становлять не лише умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства, проте і умови (пункти), визначені на розсуд сторін і погоджені ними.

Коли сторони укладають договір, вони повинні погодити його умови, що визначають права та обов'язки контрагентів. Однак, поряд з цим, в силу укладеного ними договору вони зв'язуються також права та обов'язками, які передбачені в законі, зокрема, такими правами та обов'язками, що передбачені нормами загальної частини ЦК України, частини, присвяченій зобов'язальному праву, глави, що врегульовує відповідний договір.

Санкція правової норми вказує на правові наслідки недотримання встановлених вимог диспозиції. Санкція норми знаходить своє втілення у пункті договору «відповідальність сторін» та є санкцією у цивільно-правовому зобов'язанні.

Отже, воля людини, маючи можливість бути виявленою, виражається в договорі, що є результатом добору певних умов, які встановлюються і/або не забороняються законом. Із договору виникає правовідношення, що є важливим елементом механізму реалізації правового регулювання суспільного життя. У договірному зобов'язанні загальні, безликі права та обов'язки конкретизуються, перетворюються в реальні права та обов'язки індивідуалізованих осіб.

Правовідношення, що виникає з договору, тобто договірне зобов'язання, поглинається загальним поняттям «зобов'язання».

У загальному вигляді зобов'язанням є певний вид цивільних правовідносин, тобто деяка сукупність цивільних прав та обов'язків. У ЦК України подається наступне визначення: «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».

Зобов'язання є відносним правовідношенням, на противагу абсолютним, в яких активній стороні протистоїть невизначена кількість пасивних суб'єктів. Сутність зобов'язання зводиться до спонукання конкретних осіб поводитися певним чином у рамках майнового обороту. Для нього характерним є «стан зв'язаності однієї особи по відношенню до іншої»<sup>89</sup>.

На противагу абсолютному правовідношенню, в юридичному змісті якого на перший план виступає можливість здійснення певних дій самим власником, в юридичному змісті зобов'язання вирішальне значення має надана уповноваженій

<sup>89</sup> Новицкий И. Б. *Общее учение об обязательстве* / И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц. – М. : Государственное издательство юридической литературы, 1950. – 240 с. – С. 66.

особі можливість вимагати певної поведінки від зобов'язаної особи<sup>90</sup>. При цьому на відміну від права власності, де об'єктом зобов'язання є пасивна поведінка осіб, в зобов'язаннях зобов'язані особи спонукаються до активних дій. Варто зауважити, що буває так, що на учасника зобов'язання покладається виконання пасивної функції, наприклад, орендодавець не повинен перешкоджати нормальному використанню майна орендарем. У цьому випадку наявний елемент абсолютних майнових правовідносин, що пов'язано із здійсненням передачі елементів права власності іншій особі. Вірно зазначає О. С. Іоффе, що на відміну від правовідносин власності, пасивна функція ніколи не вичерпує юридичного об'єкта зобов'язання, а зазвичай виступає в якості результату чи доповнення до позитивних дій його суб'єктів<sup>91</sup>.

Зобов'язання, які виникають на підставі такого юридичного факту як договір, називають договірними зобов'язаннями. Договірні зобов'язання разом із недоговірними складають систему зобов'язального права.

Відмінності між договірними та недоговірними зобов'язаннями породжені відмінностями юридичних фактів, які їх зумовлюють. Так, Ю. В. Романец вказує, що в основі різниці між договірним правовідношенням та іншими цивільними зобов'язаннями (в тому числі і односторонніми правочинами) лежить специфіка юридичного факту, який породжує зобов'язання<sup>92</sup>. Т. С. Ківалова вірно називає критерієм систематизації спеціальної частини зобов'язань (йдеться про договірні і недоговірні зобов'язання) врахування характеру підстав виникнення зобов'язань і наявність волі та

волевиявлення і правомірної або неправомірної поведінки учасників цивільних відносин<sup>93</sup>.

Ознаками, що характеризують договірні зобов'язання, є наступні:

1. Договірні зобов'язання забезпечують динаміку майнових відносин, тобто опосередковують процес переміщення майна або інших результатів праці та носять майновий характер. Якщо відносини і можуть включати зобов'язання немайнового характеру, то вони зазвичай є допоміжними, пов'язаними із майновими.

2. Об'єктом договірних зобов'язань є певна поведінка зобов'язаної особи.

3. Джерелом регулювання договірних зобов'язальних правовідносин є норми загальної частини зобов'язального права та інші норми цивільного права, які визначають поняття зобов'язання, підстави його виникнення, правове становище сторін у зобов'язанні, порядок виникнення зобов'язань, припинення зобов'язань тощо.

4. Суть договірних зобов'язань одна – у створенні зв'язаності волі боржника з метою змусити його поводитись певним чином в інтересах кредитора.

5. Договірні зобов'язальні правовідносини характеризуються особистим зв'язком між сторонами. У зобов'язаннях уповноважений учасник називається кредитором а зобов'язаний – боржником, при цьому сторони завжди є конкретно визначеними.

Вищенаведені ознаки є неспецифічними ознаками договірних зобов'язань. Вони є загальними ознаками зобов'язання і можуть бути характерні також і для недоговірних зобов'язань. Наступні ознаки властиві лише договірному

<sup>90</sup> Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве / О. А. Красавчиков. – М., 1958. – 183 с.

<sup>91</sup> Иоффе О. С. Избранные труды [Текст]: в 4 т. Т. 3. Обязательственное право / О. С. Иоффе. – СПб. : Юридический Центр Пресс, 2004. – 837 с. – С. 54.

<sup>92</sup> Романец Ю. В. Система договоров в гражданском праве России / Ю. В. Романец. – М. : Юрист, 2001. – С. 41-42. – С. 41-42.

<sup>93</sup> Ківалова Т. С. Зобов'язання відшкодування шкоди у цивільному законодавстві України (теоретичні аспекти): монографія / Т. С. Ківалова; М-во освіти і науки України; Одеська нац. юрид. акад. – Одеса: Юридична література, 2008. – 360 с.

зобов'язанню, і саме за допомогою них здійснюється розмежування договірних та недоговірних зобов'язань.

6. Різні суб'єкти, які встановлюють зміст зобов'язання, а також акти, в яких він фіксується. У договірних зобов'язаннях права та обов'язки сторін закріплюються в договорі як спільному дво- або багатосторонньому акті. За загальним правилом, саме сторони договору визначають його зміст. У недоговірних зобов'язаннях у залежності від виду їх зміст закріплюється законодавцем у законі (наприклад, зобов'язання з відшкодування шкоди), в односторонньому правочині (наприклад, публічна обіцянка винагороди) тощо.

7. Особливістю правового регулювання порівнюваних відносин є застосування головним чином диспозитивних норм для врегулювання договірних зобов'язань та в основному імперативних норм для недоговірних зобов'язань. Сторони договору мають можливість самостійно встановлювати права та обов'язки, виступаючи при цьому творцями права, а в більшості недоговірних зобов'язань спостерігається чітке слідування імперативним приписам закону без можливості самим змінювати права та обов'язки.

8. Захист порушеного суб'єктивного права у договірних та недоговірних відносинах здійснюється способами, невичерпний перелік яких встановлений у ч. 2 ст. 16 ЦК України. Способи, визначені даною статтею, можуть застосовуватись для захисту порушеного права як у договірних, так і в позадоговірних зобов'язаннях. Специфіка механізму захисту права залежно від виду зобов'язання полягає у тому, що у договірних відносинах сторони уже знаходяться у юридичній зв'язаності між собою, а підстави для захисту права виникають тоді, коли є невиконання або неналежне виконання зобов'язання. У той же час, у недоговірних охоронних правовідносинах факт заподіяння шкоди є одночасно і підставою встановлення юридичного зв'язку між сторонами і підставою для захисту порушеного суб'єктивного права.

9. У договірних зобов'язальних правовідносинах можливе застосування додаткових заходів, що створюють більшу

ймовірність виконання договірного зобов'язання. Такими заходами є способи забезпечення виконання зобов'язання. Питання про можливість забезпечення недоговірних зобов'язань способами забезпечення зобов'язань неоднозначно вирішується в українській цивілістиці. Найчастіше вказується, що засоби, передбачені в главі 49 ЦК «Забезпечення виконання зобов'язань», розраховані головним чином на забезпечення виконання договірних зобов'язань<sup>94</sup>. Однак, О. О. Отраднава, наприклад, зазначає, що неустойка як спосіб виконання зобов'язання має універсальний характер і в сучасних умовах може застосовуватися до будь-яких зобов'язань, у тому числі зобов'язань з договорів про приєднання, попередніх договорів, а також вексельних зобов'язань та зобов'язань із заподіяння шкоди за умовами укладення їх сторонами окремого договору<sup>95</sup>. Способи забезпечення виконання зобов'язань встановлюються між сторонами за домовленістю, тому природно, що вони застосовуються для забезпечення виконання саме договірних зобов'язань. Виходячи з природи недоговірних зобов'язань, вбачається неможливість існування способів забезпечення виконання позадоговірних зобов'язань, оскільки встановлення такого способу передбачає його погодження сторонами.

Останнім часом у юридичній літературі науковцями доволі активно аргументується позиція щодо виокремлення виду суто речових договорів (наприклад, В. В. Вітрянським, І. В. Бекленіщевою, М. Сулейменовим та ін.). Зокрема, І. В. Бекленіщева обґрунтовує необхідність класифікації усіх цивільно-правових договорів на зобов'язальні та розпорядчі, підставою якої виступає характер правових наслідків, на які спрямований укладений договір. Автор стверджує, що зобов'язальний договір є підставою виникнення зобов'язання, розпорядчий договір – абсолютного правовідношення.

<sup>94</sup> Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб. / [Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.]; за ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 896 с. – С. 548.

<sup>95</sup> Отраднава О. О. Неустойка в цивільному праві: автореф. дис. ... к.ю.н.: 12.00.03 / О. О. Отраднава. – К, 2002. – 20 с. – С. 4.

Розпорядчі акти, на підставі яких здійснюється перехід майнових прав від однієї особи до іншої і здійснюються, як правило, на стадії виконання зобов'язального правовідношення, що лежить в їх основі, є правочинами (договорами). Розпорядчим правочином слід вважати такі розпорядчі акти, які потребують вираження взаємної волі двох сторін і опосередковують перехід від однієї особи до іншої майнових прав<sup>96</sup>.

В. В. Вітрянський наголошує на тому, що традиційна класифікація цивільно-правових договорів (за таким критерієм як «спрямованість результату») повинна бути доповнена самостійною класифікаційною групою, що об'єднує договори про встановлення речових прав (речові договори)<sup>97</sup>.

М. Сулейменов також стверджує, що з договору про спільну діяльність виникають відносини між учасниками щодо спільного володіння та користування об'єктом спільної власності, які не є зобов'язальними, а речовими відносинами (на відміну від речових абсолютних, які існують між учасниками спільної власності, з одного боку, й усіма іншими особами, з іншого). За аналогією до таких речових договорів автор відносить договори між авторами, між співвинахідниками тощо<sup>98</sup>. У ЦК Республіки Казахстан для

<sup>96</sup> Бекленишева И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции / И. В. Бекленишева. – М. : Статут, 2006. – 204 с. – С. 186-187.

<sup>97</sup> Вітрянський В. В. Нові категорії цивільно-правових договорів у змінах до Цивільного кодексу Російської Федерації / В. В. Вітрянський // Право України. – 2012. – №9. – С. 44-51. – С. 48; Вітрянський В. В. Некоторые аспекты учения о гражданско-правовом договоре в условиях реформирования гражданского законодательства / В. В. Витрянский // Проблемы развития частного права: Сборник статей к юбилею В. С. Ема / [отв. ред. Е. А. Суханов, Н. В. Козлова]. – М. : Статут, 2011. – 559 с. – С. 288-337.

<sup>98</sup> Сулейменов М. Цивільно-правовий договір за законодавством Республіки Казахстан / М. Сулейменов // Право України. – 2012. – №9. – С. 53-65. – С. 55.

підкреслення особливості договору про спільну діяльність, що полягає у тому, що в результаті такого договору виникає спільна власність, цей договір знаходиться не в розділі «Зобов'язальне право», а в розділі, присвяченому праву власності, відразу після глави про спільну власність (ст. 228 ЦК).

Важко погодитися з позиціями згаданих авторів. Із договору, хай навіть між співвинахідниками, співавторами чи співучасниками, в першу чергу виникає зобов'язальне правовідношення, в даних випадках – зобов'язання спільно діяти певним чином. Не заперечується той факт, що внаслідок договорів здійснюється обіг матеріальних цінностей (це здійснюється на стадії виконання зобов'язання), однак первинним є все ж виникнення зобов'язання між сторонами. Слідуючи позиції авторів, що наполягають на існуванні виключно речових договорів, усі договори, предметом яких є матеріальні об'єкти – речі, слід визнавати речовими? Тоді які договори слід віднести до суто зобов'язальних? Договори про надання послуг? На нашу думку, такий підхід до класифікації договорів є не лише недостатньо обґрунтованим та невиправданим, оскільки не вирішує проблем у правозастосуванні, але й у майбутньому може створити значні труднощі на практиці.

Необхідне чітке розмежування правовідношень, що виникають внаслідок укладення договору: з договору виникає зобов'язальне правовідношення (внутрішнє правовідношення між сторонами договору), внаслідок виконання якого може виникнути і речове правовідношення (зовнішнє, між стороною та усіма третіми особами, в тому числі і власником речі). Вбачається, що позиції вищезазначених науковців виникли внаслідок змішування стадій виникнення зобов'язання та виконання зобов'язання. Таким чином, зобов'язання є обов'язковим етапом, що слідує за договором як правочином та передуює виникненню права власності на річ.

Багатозначність терміна «договір» є його природною характеристикою, так як фактично відображає стадії його укладення і виконання, що виражаються спочатку у виготовленні договору-документа, потім – в укладенні

договору-правочину та врешті-решт – у виконанні договору-правовідношення. У більшості випадків договір сприймається як договір-правовідношення і співвідноситься з правами та обов'язками сторін, що виникають як з тексту договору, так і з норм законодавства. Договір як правочин найчастіше оцінюється відносно правил його укладення, зміни та розірвання, в контексті можливості породження ним відповідних прав та обов'язків сторін договору-правовідношення.

Особливо важливо не змішувати договір як правочин і зобов'язання, яке виникло в результаті його укладення, як це часто на сьогодні роблять в теорії і на практиці. На цьому наголошував Є. О. Суханов, І. С. Войтинський, О. О. Красавчиков<sup>99</sup>. Останній стверджував про первинність виникнення моделі правовідношення у сторін, при цьому договір є похідним явищем. Формально так і є, однак навряд чи в сторін, в кожній з яких на меті лише задоволення власної потреби, виникає одразу ж модель майбутніх правових зв'язків між ними. У кожній з них формується своя воля і своє бачення шляху досягнення бажаного результату. Лише при зіткненні волей сторін відбувається їх погодження та інтеграція в єдину форму волевиявлення – договір. Тут мається на увазі не «єдина інтегрована воля», про яку говорять науковці (взаємність волі, що приводить до співпадіння волі<sup>100</sup>, воля має збігатися<sup>101</sup> та ін.), а те, що відокремлена воля кожної із сторін впливається, інтегрується в єдиний акт волевиявлення – договір.

<sup>99</sup> Гражданское право: учебник в 2-х т. Том I / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. – М.: БЕК, 2002. – 816 с. – С. 153; Советское гражданское право. В 2-х т. Т. I / [Под ред. О. А. Красавчикова]. – М., 1985. – 544 с. – С. 440.

<sup>100</sup> Гражданское право Украины: в двух частях. Часть I / [Под ред. проф. А. А. Пушкіна, доц. В. М. Самойленко]. – Х : «Основа», 1996. – 440 с. – С. 353.

<sup>101</sup> Правознавство: навчальний посібник / [за заг. ред. В. Г. Гончаренка]. – К. : Український інформаційно-правовий центр. – 2002. – 384 с. – С. 247.

Волевиявлення є єдиним, в той час як воля сторін – різна і погоджується. Якщо вести мову про договірне зобов'язання, то варто зазначити те, що в договорі втілюються відокремлені волі сторін, які спрямовані на встановлення певної моделі правовідношення, а в самому договорі як акті волевиявлення закріплюється ця воля сторін у вигляді таких правових категорій як права та обов'язки сторін з метою надання юридичної гарантії зобов'язань сторін.

Саме різне тлумачення самого поняття договору викликає такі часті у практиці суперечки стосовно предмета та змісту договору. Розуміння договору як правовідношення зумовлює виникнення думок про те, що предметом договору є права та обов'язки сторін. В той же час, ЦК вочевидь виходить з позиції «договір-документ» і визначає змістом договору умови (пункти), визначені на розсуд сторін і погоджені ними, та умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства. Слід погодитися з тезою В. В. Іванова про те, що про умови, як про зміст, можна говорити тільки по відношенню до договірних документів<sup>102</sup>.

Правомірне питання ставить В. В. Груздев: чи може договір в кожному окремому його аспекті (як правочин, як правовідношення, як текст) розглядатися як самостійне явище?<sup>103</sup> Б. І. Пугінський зазначає, що зведення договору лише до правочину навряд чи є правильним<sup>104</sup>. О.С. Іоффе дотримувався ідеї недопустимості змішування різних якостей договору<sup>105</sup>. М. І. Брагінський та В. В. Вітрянський виходили з

<sup>102</sup> Иванов В. В. Общая теория договора: монография / В. В. Иванов. – М. : Юрист, 2006. – 238 с. – С. 32.

<sup>103</sup> Груздев В. В. Возникновение договорного обязательства по российскому гражданскому праву : монография / В. В. Груздев. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – 272 с. – С. 30.

<sup>104</sup> Гражданское право: В 2 т. Т. 2. Полутом 1: [учебник] / [Отв. ред. проф. Е. А. Суханов]. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : БЕК, 2002. – 704 с. – С. 42.

<sup>105</sup> Иоффе О. С. Избранные труды [Текст]: в 4 т. Т. 3. Обязательственное право / О. С. Иоффе. – СПб. : Юридический Центр Пресс, 2004. – 837 с. – С. 76.



принципової недопустимості об'єднання різних значень поняття договору, оскільки, як вони вважають, мова йде не про різні функції одного явища, а про різні явища<sup>106</sup>.

Договір-правочин та договір-правовідношення є самостійними явищами об'єктивної дійсності, хоч і тісно пов'язаними між собою. Їх взаємодія виражається у тому, що договір-правовідношення (договірне зобов'язання) є врегульована нормами цивільного права форма суспільних відносин учасників майнового обігу. Основною ознакою договору-правовідношення є те, що підстава його виникнення – договір-правочин. Саме зміст договору-правочину визначає специфіку конкретного договірного зобов'язання. А об'єктивований за допомогою письмових знаків текст домовленості сторін становить договір-документ. Разом з тим, варто враховувати що правочин може бути здійснений і в усній формі. Неправильно вважати договір-юридичний факт і договір-правовідношення різними сторонами одного явища. Коли досліджують договір як правовідношення, насправді досліджують договірне зобов'язання у тісному зв'язку з його юридичною підставою виникнення – договором юридичним-фактом. У такому випадку не слід забувати, що термін «договір-правовідношення» є дещо умовним, оскільки договір та зобов'язання – це окремі правові явища, які співвідносяться як причина та наслідок, підстава і те, що зумовлено цією підставою.

Звісно, що перед законодавцем не стоїть завдання відобразити в нормативному акті усю багатопонятійність договору, усі його особливості та функції. На нашу думку, безумовно правильним вибором є визначення в актах цивільного права договору через поняття юридичного факту, адже правовідношення може бути однаковим за своїм змістом,

<sup>106</sup> Брагинский М. И. Договорное право. Книга первая: Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – Изд-е дополнительное, стереотипное (5-й завод). – М.: Статут, 2002. – 848 с. – С. 233.

незалежно від того чи воно виникло з договору, чи воно виникло з інших юридичних фактів (наприклад, зобов'язання за спричинення шкоди). Тому договір варто визначати саме як юридичний факт, оскільки в цьому аспекті йому притаманні чіткі розмежувальні ознаки від інших суміжних юридичних фактів.

### 1.2.3. Договір як нормативний документ

Конструкція договору проникає у всі сфери економічного та духовного життя суспільства. У нинішніх умовах особливо зростає роль договору як універсальної та найдоцільнішої правової форми опосередкування ринкових відносин. Перехід до ринкової економіки і саме функціонування ринкового механізму можливі лише за умови, що основна маса товаровиробників підприємств, господарських товариств, кооперативів, громадян має свободу господарської діяльності та підприємництва. Результати цієї ж діяльності реалізуються на ринку товарів і послуг здебільшого на договірних засадах<sup>107</sup>. Ще класики вітчизняної цивілістики надавали договору значення одного із засобів «індивідуального, здійснюваного на основі норм права» регулювання відносин його сторін. Суть цієї ролі договору полягає в тому, що він впроваджує норми цивільного права у відносини, що виникають між замовником і виконавцем і, з урахуванням волі сторін, виступає їх регулятором<sup>108</sup>.

Традиційно у літературі договір розглядається у кількох правових значеннях, а саме: як правочин, як підстава виникнення правовідношення (юридичний факт), як саме правовідношення (зобов'язання) і як юридична форма

<sup>107</sup> Луць В. В. До питання про сутність і зміст цивільно-правового договору / В. В. Луць. Служу пером своїй Вітчизні. Вибрані праці. До 80-річчя від дня народження та 50-річчя науково-педагогічної і громадської діяльності. – К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2013. – С. 289 – 303. – С. 289.

<sup>108</sup> Рыбаков В. А., Соловьев В. Н. О методологических подходах к понятию функции права / В. А. Рыбаков, В. Н. Соловьев // Гражданское право. – 2012. – № 1. – С. 28 – 32.

(документ), яку набуває це правовідношення<sup>109</sup>. Проте розуміння закладеної чинним ЦК України принципово нової парадигми цивільно-правового договору слід розглядати, передусім, як регулятор договірних цивільних відносин<sup>110</sup>.

З урахуванням зазначеного, більшість вчених, спрямовуючи наукові дослідження на розкриття сутності договору у різних правових значеннях, не залишають поза увагою характеристику договору в якості джерела (форми) права, що закріплює правові приписи, спрямовані на врегулювання конкретних суспільних відносин. В. В. Луць вказує на те, що роль договору не обмежується тільки тим, що він впливає на динаміку цивільних правовідносин, а й відповідно до вимог законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності, добросовісності та справедливості визначає зміст конкретних прав та обов'язків учасників договірних зобов'язань<sup>111</sup>. В цьому розумінні

<sup>109</sup> Васильєва В. А. Цивільно-правове регулювання діяльності з надання посередницьких послуг. Монографія. – Івано-Франківськ: ВДВ ЦІТ Прикарпатського національного університету ім. В. Стефаника, 2006. – 346 с. – С. 101; Бєрвєно С. М. Поняття цивільно-правового договору та його юридичні ознаки / С. М. Бєрвєно // Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.; за ред. О. В. Дзєри. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 37 – 69. – С. 39; Яворська О. С. Договірне право як регулятор цивільних відносин / О. С. Яворська // Соц.-ек. проблеми сучас. періоду України. – 2008. – Вип. 6(74). – С. 148 – 158. – С. 149; Іванов В. В. Общая история договора / В. В. Иванов. – М.: Юрист, 2006. – 238 с. – С. 195.

<sup>110</sup> Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: автореф. дис. на здобуття наук. ступ. доктора юрид. наук: 12.00.03. / С. О. Погрібний. – Київ. – 2009. – 51 с. – С. 9 – 10.

<sup>111</sup> Контракты в підприємницькій діяльності: навч. посіб. – 2-е вид., перероб. і допов. / В. В. Луць. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 576 с. – С. 24.

договір виступає засобом регулювання поведінки сторін у цивільних правовідносинах<sup>112</sup>.

При цьому регулятивна роль договору 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<sup>113</sup>. Водночас О. С. Яворська, характеризуючи цивільно-правовий договір, виходить за межі розуміння його як суто індивідуального акта, як засобу реалізації взаємопов'язаних інтересів сторін. Договір в приватному праві за таких умов виступає формою права. Його положення є обов'язковими не тільки для сторін договору, а й для судових органів при вирішенні спору між сторонами договору та для інших державних органів (податкової адміністрації, контрольно-ревізійних органів тощо)<sup>114</sup>.

Якщо звернутися до витоків теорії права, то серед джерел права, поряд із нормативно-правовим актом, правовим прецедентом, правовим звичаєм, принципами права, виділяють й договір. Сформованою є позиція, згідно з якою розрізняють

<sup>112</sup> Цивільне право України: В 2-х томах. Т. 2. Підручник / за заг. ред. д-ра юрид. наук, проф. Є. О. Харитонова; канд. юрид. наук Н. Ю. Голубєвої: Вид. друге. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2010. – 872 с. – С. 133.

<sup>113</sup> Бєрвєно С. М., Дзера О. В. Джерела договірних прав України / С. М. Бєрвєно, О. В. Дзера // Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.; за ред. О. В. Дзєри. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 82 – 102. – С. 101 – 102.

<sup>114</sup> Яворська О. С. Договірне право як регулятор цивільних відносин / О. С. Яворська // Соц.-ек. проблеми сучас. періоду України. – 2008. – Вип. 6(74). – С. 148 – 158. – С. 154 – 155.

два типи договорів, а саме: договір з нормативним змістом (нормативний договір) та договір-угода (договір-правочин)<sup>115</sup>.

Щодо нормативного договору, то вперше у вітчизняній правовій науці питання про його правову природу розглядав Ф. В. Тарановський, який проводив відмінність між договорами-правочинами і договорами нормативного типу за трьома позиціями: 1) мета; 2) мотиви сторін; 3) наслідки договору.

Для договорів-правочинів характерними ознаками є індивідуальність цілей і мотивів учасників, а їх результатами є конкретні правовідносини. У нормативних договорах присутня спільність цілей (встановлення правової норми) і мотивів (свідомість необхідності правової норми), і в результаті договір нормативного типу створює об'єктивну юридичну норму. Договір-правочин – це юридичний факт, що породжує юридичне відношення. Нормативний договір – це нормативний факт, джерело позитивізації права<sup>116</sup>.

М. Г. Александров також погоджувався з протиставленням договорів-правочинів нормативним договорам, але вважав достатнім для розмежування вказівки на те, що один договір служить підставою виникнення конкретного юридичного відношення, а інший – підставою виникнення юридичної норми<sup>117</sup>.

Відповідно до окресленого у період радянського права підходу, договори-угоди (індивідуальні договори) не визнавалися регуляторами суспільних відносин (цивільних відносин), оскільки такі договори розглядалися лише як юридичні факти, що породжують конкретне правовідношення

<sup>115</sup> Сібільов М. М. Цивільно-правовий договір як регулятор суспільних відносин / М. М. Сібільов // Право України. – 2014. – № 2. – С. 34 – 44. – С. 34.

<sup>116</sup> Иванов В. В. Общая история договора / В. В. Иванов. – М.: Юристъ, 2006. – 238 с. – С. 158.

<sup>117</sup> Александров Н. Г. К вопросу о роли договора в правовом регулировании общественных отношений / Н. Г. Александров // Ученые записки ВЮОН. – М.: Юридическое издательство Министерства юстиции СССР, 1946. – Вып. У1. – С. 36 – 72. – С. 71.

(цивільне зобов'язання), регулятором яких визнавалися відповідні імперативні норми права<sup>118</sup>. Зокрема, В. Ф. Маслов зазначав, що при вивченні цивільного права ми оперуємо поняттям договору як підстави виникнення цивільних правовідносин. При вивченні ж цивільного права з іноземним елементом (так званого міжнародного приватного права) доводиться стикатися з договором в іншому сенсі – договором з нормативним змістом<sup>119</sup>.

На сучасному етапі наукові дослідження правової природи нормативного договору полягають у висловленні наступних підходів. М. І. Байтин зазначає, що сам термін «нормативний договір» передбачає договір як акт правотворчості, акт, що встановлює правові норми. Норма права – «це загальнообов'язковий, формально-визначений припис, виражений у вигляді правила поведінки або відправного встановлення і є державним регулятором суспільних відносин»<sup>120</sup>. В. В. Лазарев визначає нормативно-правовий договір як засновану на рівності сторін і спільності інтересів угоду, що містить у собі норми права загального характеру, спрямовану на досягнення бажаного результату сторонами<sup>121</sup>. Н. М. Пархоменко, з огляду на відповідність з притаманною праву ознакою єдності форми та змісту, визначає роль нормативно-правового договору як інструмента формування правових норм,

<sup>118</sup> Сібільов М. М. Цивільно-правовий договір як регулятор суспільних відносин / М. М. Сібільов // Право України. – 2014. – № 2. – С. 34 – 44. – С. 35.

<sup>119</sup> Советское гражданское право: Учебник – Второе издание, переработанное и дополненное / под общей ред. доктора юрид. наук, проф. В. Ф. Маслова, доктора юрид. наук, проф. А. А. Пушкина. – Киев «Вища школа». – 1983. – 462 с. – С. 396 – 997.

<sup>120</sup> Байтин М. И. Сущность права. Современное нормативное правописание на грани двух веков / М. И. Байтин. – Саратов: Право и государство, 2001. – 544 с. – С. 181.

<sup>121</sup> Лазарев В. В., Липень С. В. Теория государства и права / В. В. Лазарев, С. В. Липень. – М., 1998. – С. 183.

інших юридичних явищ, надання їм юридичної сили<sup>122</sup>. При цьому у всіх вищезазначених працях вчені оперують тим фактом, що нормативно-правовий договір є джерелом міжнародного, трудового, конституційного права, актом, який містить норми права, що встановлюють загальні правила поведінки. Дотримується цієї точки зору також В. В. Іванов, вважаючи, що всі договори з функціонально-змістовною природою повинні бути поділені на індивідуальні (наприклад, договори-угоди як різновид юридичних фактів) та нормативні договори як джерела права<sup>123</sup>.

Однак у літературі висувалися й інші твердження із зазначеного приводу. Зокрема, Г. Кельзен повністю відкидав розподіл договорів, так як основною функцією договору є створення права, інакше кажучи, створення правової норми, загальної або індивідуальної. Так звані нормативні договори – це договори, що створюють загальні норми, в той час як інші є нормативними договорами, що створюють індивідуальні норми<sup>124</sup>. На підтвердження висловленої позиції М. М. Агарков, досліджуючи вчення А. Меркл, зазначав, що його суть полягає у наступному. Правова норма може бути не тільки загальною, але й індивідуальною. Сутність норми полягає у тому, що вона в якості обов'язку протиставляється змісту. Обов'язок може бути виражено як у загальній формі, так і в індивідуальній. Обов'язок має місце як у змісті загальних норм, так і в тому, що традиційне вчення називає юридичними відносинами. Але в юридичних відносинах обов'язок є індивідуалізованим. Виходячи з цих положень, Меркл будує наступну картину правопорядку. «Загальне існує лише в окремому, через окреме. Усяке окреме є (так чи інакше) загальне. Всяке загальне є (частинка або сторона або сутність) окремого». З урахуванням

<sup>122</sup> Пархоменко Н. М. Договір у системі права України: дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук: 12.00.01. / Н. М. Пархоменко. – Київ. – 1998. – 202. – С. – 132.

<sup>123</sup> Іванов В. В. Общие вопросы теории договора / В. В. Иванов. – М., 2000. – С. 72.

<sup>124</sup> Там же. – С. 155.

зазначеного, угода (договір) створює норму права і є нормативним актом (джерелом права). Залишається лише включити її в систему нормативних актів, що і робить теорія Меркл<sup>125</sup>. Р. О. Халфіна також стверджувала, що для будь-яких договорів є властива якість регулятора, незалежно від того, породжують вони відносини, що регулюються імперативною нормою або диспозитивною нормою і незалежно від ступеня деталізації планового регулювання цих відносин<sup>126</sup>.

На сучасному етапі сприйняття договору як індивідуального засобу правового регулювання цивільних відносин підтверджується не тільки значною кількістю наукових тверджень, але й впливає прямо із контексту чинного цивільного законодавства. Якщо виходити із положень ЦК України, джерела цивільного права далеко не вичерпуються актами цивільного законодавства, як це було за радянських часів, коли право отожднювали з законом. До джерел приватного права сьогодні належать закони природного права (ст. 3), цивілістичний договір (ст. 6), звичай (ст. 7), міжнародні договори України (ст. 10), національна та відповідна міжнародна судова практика і прецедент (наприклад, рішення Європейського суду з прав людини)<sup>127</sup>.

Р. А. Майданик зазначає, що такий стан речей зумовлений тим, що у юридичній літературі отримала обґрунтування ідея про розширене (онтологічне) тлумачення поняття джерела права і його розуміння не тільки як результату правопізнання, але і як певної підстави (передумови, причини) для подальшої правореалізаційної діяльності. Тому, на його думку, цивільно-правовий договір можна розглядати джерелом українського цивільного права з урахуванням того, що нормативність умов договору полягає у встановленні правила, тобто виду та міри

<sup>125</sup> Агарков М. М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2-х т. Т. II. / М. М. Агарков – М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. – С. 360. – С. 336 – 337.

<sup>126</sup> Там же. – С. 198.

<sup>127</sup> Кузнецова Н. С., Довгерт А. С. Цивільний кодекс України: визнані здобутки кодифікації / Н. С. Кузнецова, А. С. Довгерт // Право України. – 2014. – № 2. – С. 9 – 24. – С. 15.

належної поведінки, незалежно від того, на одноразове чи багаторазове використання конкретизованими або не конкретизованими суб'єктами вона розрахована<sup>128</sup>.

Така ситуація зумовлена й тим, що для оптимального регулювання суспільних відносин недостатньо нормативного правового акта, оскільки його «можливості» в регулюванні суспільних відносин обмежені<sup>129</sup>. Як зазначає Н. С. Кузнецова та А.С.Довгерт, зростання частки інших, крім актів законодавства, регуляторів цивільних відносин є об'єктивним процесом, що зумовлений такими причинами: а) природна нездатність законів «охоплювати» окремі життєві ситуації; б) багато вад самих законів як виду джерел; в) становлення і розвиток громадянського суспільства, в якому виникають недержавні центри нормотворчості<sup>130</sup>.

Разом з тим, у цивілістичній науці сформувалася 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<sup>131</sup>. При цьому головною юридичною ознакою типових договорів як нормативно-правових актів визначають їх обов'язковість, незважаючи на те, що типові договори можуть включати умови,

<sup>128</sup> Майданик Р. А. Система источников гражданского права Украины / Р. А. Майданик // Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвеевські цивілістичні читання). Матеріали міжнародної науково-практичної конференції: у двох томах, Київ, 19 жовтня 2012 року. – К.: ТОВ «Білоцерківдрук», 2013. – С. 37 – 46. – С. 41 – 42.

<sup>129</sup> Теория государства и права: Учебник / Под ред. В.К. Бабаева. – М.: Юристъ, 1999. – 592 с. – с. 272.

<sup>130</sup> Там же. – С. 15.

<sup>131</sup> Бєрвєно С. М. Поняття цивільно-правового договору та його юридичні ознаки / С. М. Бєрвєно // Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.; за ред. О. В. Дзєри. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 37 – 69. – С. 45.

які імперативно встановлюють права та обов'язки сторін, та умови, які підлягають деталізації сторонами або можуть бути визначені в договорі на їх розсуд. Тому у правовій літературі панує думка, що такий стан речей сам по собі не позбавляє типовий договір ознак нормативності, хоча договір може містити як обов'язкові, так й диспозитивні рекомендаційні положення<sup>132</sup>. Разом з тим, типовий договір завжди затверджується компетентним органом та реєструється як нормативно-правовий акт.

Якщо проаналізувати нормативні положення ЦК України, то у ст. 630 цього закону вживається термін «типові умови договору». При чому тут йдеться про «типові умови» договорів певного виду, оприлюднені у встановленому порядку. Такі типові умови не є нормативно-правовими актами. Вони можуть застосовуватись лише як звичай ділового обороту (ч. 2 ст. 630 ЦК України). Щодо господарських договорів, то ч. 4 ст. 179 Господарського кодексу України (далі – ГК України) чітко визначає юридичне значення типових договорів. Сторони не можуть відступати від змісту типового договору, але мають право конкретизувати його умови<sup>133</sup>. Якщо звернути увагу на порядок затвердження типових договорів, то слід зазначити наступне. У ЦК України термін «типовий договір» міститься у ч. 1 ст. 1111, де зазначається, що уповноважені відомства і творчі спілки можуть затверджувати типові ліцензійні договори.

<sup>132</sup> Гриняк А. Типові та примірні договори як джерела правового регулювання підрядних договірних відносин / А. Гриняк // Юридична Україна. – 2012. – № 7. – С. 43 – 46. – С. 44; Бєрвєно С. М., Дзєра О. В. Джерела договірної права України / С. М. Бєрвєно, О. В. Дзєра // Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзєра, Н. С. Кузнецова та ін.; за ред. О. В. Дзєри. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 82 – 109. – С. 104 – 106.

<sup>133</sup> Проблемні питання у застосуванні Цивільного і Господарського кодексів України / Під редакцією Ярєми А. Г., Ротаня В. Г. – К.: Реферат, 2005. – 336 с. – С. 32 – 34; Кицик Я. Р. Типовий договір в системі господарських договорів / Я. Р. Кицик // Приватне право і підприємництво. – Київ. – Випуск 13. – 2014. – С. 164 – 167. – С. 165.

Відповідно ж до ч. 4 ст. 179 ГК України типові договори затверджуються Кабінетом Міністрів України або у випадках, передбачених законом, іншим органом державної влади. З наведеного випливає, що за цивільним законодавством типовий договір може бути затверджено не тільки органом державної влади, але й творчою спільнотою, в той час як типовий господарський договір може бути затверджено тільки Кабінетом Міністрів України чи іншими органами державної влади. Зазначені особливості законодавчого сприйняття правової категорії «типовий договір» вказують на те, що норми цивільного законодавства, хоча й закріплюють положення про «типовий договір» чи «типові умови договору», однак змістове навантаження таких норм не відображає специфіки основних ознак договору як нормативно-правового акта, а саме: нормативність (обов'язковість), порядок затвердження та реєстрація як нормативного акта.

Крім того, слід звернути увагу на те, що поняття цивільного договору і поняття господарського договору співвідносяться між собою як родові і видові, що передумовлює можливість застосування до відносин, що виникають на підставі господарських договорів, положень ЦК України і виключає можливість застосування до відносин, які виникають на підставі цивільно-правового договору, що не кваліфікується одночасно як господарський, положень ГК України<sup>134</sup>. Враховуючи наведене, звичайно, можна вбачати у 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

<sup>134</sup> Проблемні питання у застосуванні Цивільного і Господарського кодексів України / Під редакцією Яреми А. Г., Ротаня В. Г. – К.: Реферат, 2005. – 336 с. – С. 32 – 34; Кицик Я. Р. Типовий договір в системі господарських договорів / Я. Р. Кицик // Приватне право і підприємництво. – Київ. – Випуск 13. – 2014. – С. 164 – 167. – С. 120.

значення. Більш актуальною уявляється регулятивна функція договору, що прямо передбачено новим ЦК України<sup>135</sup>. Тому, слід погодитися з висловленими міркуваннями О. С. Яворської, яка вказує на об'єктивні відмінності договору від нормативного акта, а саме: 1) договір виражає волю сторін, що його уклали, тоді як нормативний акт – волю органу, до компетенції якого входить його видання; 2) договір регулює відносини між сторонами, що його уклали; відсутня загальнообов'язковість, що характеризує нормативний акт; 3) договір укладається сторонами у порядку, визначеному цивільним законодавством, а нормативні акти приймаються державними органами в межах їх компетенції в порядку законодавчо визначеної процедури; 4) договір має часові межі дії, нормативні акти діють в часі, просторі і за колом осіб<sup>136</sup>.

Отже, якщо не брати до уваги типові договори, в яких можуть міститися положення (правила, норми) підзаконного характеру, то індивідуальне регулювання відносин сторін у конкретному договорі відрізняє його від нормативного регулювання, здійснюваного нормами закону чи іншого нормативно-правового акта. В той же час, нормативне та індивідуальне (договірне) регулювання цивільних відносин взаємопов'язані як елементи механізму правового регулювання<sup>137</sup>, що є важливою умовою створення стабільного

<sup>135</sup> Бервено С. М. Поняття цивільно-правового договору та його юридичні ознаки / С. М. Бервено // Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.; за ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 37 – 69. – С. 45.

<sup>136</sup> Яворська О. С. Договірні зобов'язання про передання майна у власність: цивільно-правові аспекти: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня доктора юрид. наук: 12.00.03. / О. С. Яворська. – Київ. – 2011. – 38 с. – С. 12.

<sup>137</sup> Луць В. В. Договір як регулятор цивільних відносин / В. В. Луць. Служу пером своїй Вітчизні. Вибрані праці. До 80-річчя від дня народження та 50-річчя науково-педагогічної і громадської діяльності. – К.: НДІ приватного права і підприємництва імені

правового порядку. Так, правове регулювання – це здійснюваний за допомогою правових норм, індивідуальних правових приписів, інтерпретацій норм та індивідуальних приписів результативний вплив на волю суб'єктів права, тобто у кінцевому рахунку на їх поведінку<sup>138</sup>. Тим самим правове регулювання цивільних відносин – це вже не тільки діяльність держави, її органів і посадових осіб, що регулюють суспільні відносини нескінченної кількості суб'єктів таких цивільних відносин<sup>139</sup>. Правове регулювання договірних цивільних відносин – це вплив суб'єкта правового регулювання (учасників цивільних відносин або держави) на цивільні суспільні відносини шляхом установлення норм цивільного права (договірних чи статутних) та їх реалізації з метою упорядкування вказаних відносин відповідно до ідеальних моделей, закладених у цих нормах<sup>140</sup>. Для прикладу, за ч. 1 ст. 628 ЦК України зміст договору становлять умови (пункти), визначені на розсуд сторін і погоджені ними, та умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства.

Тому, характеризуючи договір, слід виходити з того, що він є одним із засобів правового регулювання. В. А. Васильєва зазначає, що цивільний договір не тільки дає підстави для застосування тієї чи іншої норми права за даного конкретного

випадку, але й безпосередньо регулює поведінку сторін, визначаючи права і обов'язки учасників правовідношення, яке вони породжують. Договір виступає своєрідною програмою дій, координуючи діяльність сторін<sup>141</sup>. З урахуванням цього, у процесі укладання договору створюються правові норми, але норми індивідуальні, тобто такі, які стосуються конкретних і точно визначених індивідів і розраховані на них<sup>142</sup>. А рамковий характер норми повинен забезпечувати правові умови вільної комунікації суб'єктів приватного права й надавати обов'язкової сили її результатам (договорам)<sup>143</sup>.

У цьому аспекті домінуючу роль відіграє ст. 3 ЦК України, в якій закріплено загальні засади цивільного законодавства, якими є: неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом; свобода договору; свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; судовий захист цивільного права та інтересу; справедливість, добросовісність та розумність.

В першу чергу, велике значення як для функціонування всієї системи приватного права, так і для визначення ролі договору у ній, має об'єктивізація принципів справедливості, добросовісності та розумності. По-перше, вони акумулювали в собі не тільки наведені вище засади, а й інші принцип

академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2013. – С. 281 – 288. – С. 282 – 283.

<sup>138</sup> Иванов В. В. Общая история договора / В. В. Иванов. – М.: Юрист, 2006. – 238 с. – С. 145.

<sup>139</sup> Майданик Р. А. Система источников гражданского права Украины / Р. А. Майданик // Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвеевські цивілістичні читання). Матеріали міжнародної науково-практичної конференції: у двох томах, Київ, 19 жовтня 2012 року. – К.: ТОВ «Білоцерківдрук», 2013. – С. 37 – 46. – С. 41.

<sup>140</sup> Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: автореф. дис. на здобуття наук. ступ. доктора юрид. наук: 12.00.03./ С. О. Погрібний. – Київ. – 2009. – 51 с. – С. 15.

<sup>141</sup> Васильєва В. А. Цивільно-правове регулювання діяльності з надання посередницьких послуг. Монографія. – Івано-Франківськ: ВДВ ЦІТ Прикарпатського національного університету ім. В. Стефаника, 2006. – 346 с. – С. 102.

<sup>142</sup> Майданик Р. А. Система источников гражданского права Украины / Р. А. Майданик // Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвеевські цивілістичні читання). Матеріали міжнародної науково-практичної конференції: у двох томах, Київ, 19 жовтня 2012 року. – К.: ТОВ «Білоцерківдрук», 2013. – С. 37 – 46. – С. 41 – 42.

<sup>143</sup> Договір як універсальна правова конструкція: монографія Д59 /А. П. Гетьман, В. І. Борисова, О. П. Євсєєв та ін.; за ред. А. П. Гетьмана, В. І. Борисової. – Х.: Право, 2012. – 432 с. – С. 18.



цивільного права. По-друге, застосування всіх інших принципів цивільного права не повинно призводити до несправедливого, нерозумного та недобросовісного результату (наприклад, ст. 627 ЦК України говорить про обмеження принципу свободи волі вимогами розумності та справедливості). По-третє, саме ці принципи є доконечною сутністю права та вказують на його природне походження<sup>144</sup>. Наступним за значимістю є принцип свободи договору, що відображає саму сутність договору, оскільки зумовлює можливості сторін при укладенні договору визначати його зміст з метою задоволення власних економічних інтересів без порушення прав і законних інтересів контрагентів. Зокрема, С. О. Погрібний, досліджуючи зміст принципу свободи договору, зазначає, що конструкція свободи укладення договору має дві складові – філософську і нормативну: перша полягає в тому, що проти своєї волі ніхто не зобов'язаний вступати у договір (ця складова відбиває філософське розуміння категорії «свобода»), а друга складова ґрунтується на праві особи укладати договір будь-якого змісту (відбиває юридичний зміст категорії «договір»)<sup>145</sup>.

Характеристика філософської складової принципу свободи договору вказує на можливість особи вступати чи не вступати у договірні відносини з власної волі через її вільне виявлення. Як зазначає, О. А. Беляневич, в загальноприйнятому розумінні, яке виходить із здорового глузду та людського досвіду, свобода є здатність (чи можливість) особи діяти відповідно до власної волі і власного інтересу, а не за волею й інтересом іншої особи, тим більше – зовнішньої владної сили (політичної, державної влади). Поняття свободи волі як однієї з важливих категорій філософії права, будучи значним і багатогранним, тісно переплітається з

<sup>144</sup> Кузнецова Н. С., Довгерт А. С. Цивільний кодекс України: визнані здобутки кодифікації / Н. С. Кузнецова, А. С. Довгерт // *Право України*. – 2014. – № 2. – С. 9–24. – С. 11.

<sup>145</sup> Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: автореф. дис. на здобуття наук. ступ. доктора юрид. наук: 12.00.03 / С. О. Погрібний. – Київ. – 2009. – 51 с. – С. 9–10.

поняттям права<sup>146</sup>. В першу чергу це знаходить прояв в тому, що воля складає необхідну передумову виникнення права як сукупності обов'язкових норм поведінки. Тільки в юридичних нормах виявляється воля держави. Тому, якщо немає волі, немає і вольових актів, а без них немає і нормотворчої діяльності<sup>147</sup>. На відміну від юридичної норми загальнообов'язкового характеру, у договорі знаходить своє вираження воля сторін, спрямована на досягнення певного, спільно бажаного ними юридичного результату. При чому воля сторін повинна бути не тільки взаємною, але й узгодженою, тобто збігатися за обсягом та змістом. Адже тільки взаємність волі сторін ще не надає їй узгодженості. Наприклад, продавець виявив бажання продати річ за певну суму. Покупець висловив бажання купити цю річ, але за меншу суму. У даному випадку мається взаємність волі, але немає ще її узгодженості<sup>148</sup>. Водночас, воля може отримати юридичне значення тільки тоді, коли вона отримає зовнішній прояв, зумовлений соціально-правовими відносинами. З точки зору права важливим є об'єктивований результат цього психологічного процесу, необхідно, щоб воля була виявлена<sup>149</sup>.

Таким чином, воля та її виявлення є передумовами (причинами) виникнення договірних цивільних відносин, що зумовлюють можливість реалізації принципу свободи договору. З даного приводу ще у XIX ст. у наукових працях висловлювалися міркування про вплив волі та її виявлення на конкретні правовідносини. До середини XIX ст. велике поширення і вплив мала «теорія волі». Основу її заклав Ф. К.

<sup>146</sup> Беляневич О. А. Господарський договір та способи його укладання: дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук: 12.00.04. / О. А. Беляневич. – Київ. – 1999. – 173 с. – С. 66.

<sup>147</sup> Пархоменко Н. М. Договір у системі права України: дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук: 12.00.01. / Н. М. Пархоменко. – Київ. – 1998. – 202 с. – С. 149, 150–151.

<sup>148</sup> Советское гражданское право: Учебник – Второе издание, переработанное и дополненное / под общей ред. доктора юрид. наук, проф. В. Ф. Маслова, доктора юрид. наук, проф. А. А. Пушкина. – Киев «Вища школа». – 1983. – 462 с. – С. 397.

<sup>149</sup> Там же. – С. 150–151.

фон Савіньї і надалі її розвивали багато вчених, у тому числі А. Брінц, Б. Вільдшайд, Е. Цітельман, Л. Еннеккурс та ін. Вона будувалася на тій посилю, що волевиявлення є тіло, а воля – це дух, і що волевиявлення без волі має так само мало значення, як і воля без волевиявлення. Воля вирішує все, і те що суперечить їй, само собою є недійсним. Значить договору у принципі немає, якщо волевиявлення не відповідає волі<sup>150</sup>. Однак з середини XIX ст. її поступово тіснить «теорія волевиявлення», яку розробляли Р. фон Ієрінг, О. Бер, Ф. Лотмар, Р. Леонгард, І. Коллер, А. Тон та ін. Вони, також відштовхуючись від суто психологічних міркувань про те, що недопустимо роз'єднувати волю від волевиявлення, приходили до об'єктивно вірного висновку про неможливість існування волевиявлення, що зовсім не опирається на певну волю. Але з цього у них випливало, що юридичний зв'язок має виходити саме через волевиявлення<sup>151</sup>. Якщо воля не виражена, то її, строго кажучи, ще немає, невиявлена воля є іррелевантною для права, для нього має значення волевиявлення<sup>152</sup>. Не вдаючись до дискусії, що важливіше – це воля чи волевиявлення, оскільки дане питання не є предметом зазначеного дослідження, у даному контексті слід погодитися з твердженням Н. М. Пархоменко, що у договорі наявні два елементи: суб'єктивний (воля) і об'єктивний (волевиявлення), які знаходяться в єдності. Об'єктивний елемент необхідний для того, щоб воля могла бути відомою для інших і щоб вона могла мати юридичне значення<sup>153</sup>. Волевиявлення сторін договору має бути вільним і спрямованим на реальне настання правових наслідків, що обумовлені ним. Крім того, воля має бути вираженою в певній формі, яку сторони мають право обрати самостійно, якщо інше не

<sup>150</sup> Иванов В. В. Общая история договора / В. В. Иванов. – М.: Юристъ, 2006. – 238 с. – С. 57.

<sup>151</sup> Там же. – С. 58.

<sup>152</sup> Там же. – С. 59.

<sup>153</sup> Пархоменко Н. М. Договір у системі права України: дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук: 12.00.01./ Н. М. Пархоменко. – Київ. – 1998. – 202 с. – С. 150 – 151.

встановлено законом. Відповідно до ЦК України, правочин, в тому числі договір, може вчинятися усно або в письмовій (електронній) формі, шляхом вчинення конклюдентних дій стороною або може виражатися її мовчанням (ст. 205). Крім того, домовленістю осіб або законом може передбачатися нотаріальне посвідчення правочину (ст. 209) та державна реєстрація правочину у випадках, встановлених законом (ст. 210). Недотримання ж в момент вчинення правочину вимог, встановлених законом або домовленістю сторін, може бути підставою для визнання правочину недійсним (нікчемним або оспорюваним).

Суб'єктивний елемент вказує на те, що для виникнення договору воля повинна співпадати, тобто волевиявлення сторін знаходить свою реалізацію в досягненні згоди між ними. Як тільки сторони дійшли згоди по основних умовах договору, значить домовилися<sup>154</sup>. Так, важливою умовою дійсності договору є відповідність зовнішнього вияву волі учасників (волевиявлення) їх справжній внутрішній волі або твердому наміру досягти певних юридичних наслідків. Коли такої відповідності (єдності) волі і волевиявлення немає, то правочин визнається судом недійсним, якщо буде встановлено, що правочин вчинено під впливом помилки, обману, насильства, або внаслідок зловмисної домовленості представника однієї сторони з другою (ст. 229 – 232 ЦК України). Правочини вчинені під впливом тяжкої для особи обставини і вкрай і не вигідних умовах, можуть бути визнані судом недійсними незалежно від того, хто був ініціатором таких правочинів (ст. 233 ЦК України)<sup>155</sup>.

Таким чином, підкреслюючи необхідність наявності у договорі взаємно погодженого волевиявлення його учасників,

<sup>154</sup> Пархоменко Н. М. Договір у системі права України: дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук: 12.00.01./ Н. М. Пархоменко. – Київ. – 1998. – 202 с. – с. 20.

<sup>155</sup> Калаур І. Р. Цивільно-правовий договір як підстава виникнення права власності юридичної особи: дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук: 12.00.03./ І. Р. Калаур. – Івано-Франківськ. – 2004. – 198 с. – С. 56 – 57.

слід, очевидно, мати на увазі, що воля і волевиявлення – це завжди індивідуальний психологічний процес кожного із учасників договору<sup>156</sup>. Правила, які сторони визначають у договорі, – це положення, які повинні відображати взаємну волю сторін, що проявляється у їх взаємній згоді, виявлення якої надає договору юридичного значення як складової частини механізму правового регулювання. Наявність волі та її виявлення особою визначають її бажання вступати чи не вступати у договірне цивільне правовідношення, зміщуючи акцент у правову площину.

У зазначеному аспекті нормативна складова принципу свободи договору проявляється у визнанні за особою, яка прийняла рішення вступати в договірне правовідношення, можливості самостійно визначати параметри майбутніх правовідносин. Адже для того, щоб договір був дійсним регулятором взаємовідносин його учасників (сторін), в ньому повинні бути чітко сформульовані умови (пункти), які з достатньою повнотою і несутеречністю одна одній розкривають зміст договору і цілі (мету) його укладення<sup>157</sup>. Погоджені умови є результатом погодження волевиявлень сторін. У вказаних рамках позитивне право визнає здатність особи не тільки узгоджувати умови (правила, норми) договору, але й самостійно виносити рішення про прийняття на себе можливих ризиків, а, отже, і ймовірності зазнавати всі можливі негативні наслідки, пов'язані з таким рішенням<sup>158</sup>. У ст. 627 ЦК України закріплено положення, згідно якого сторони є вільними в укладенні

<sup>156</sup> Луць В. В. До питання про сутність і зміст цивільно-правового договору / В. В. Луць. Служу пером своїй Вітчизні. Вибрані праці. До 80-річчя від дня народження та 50-річчя науково-педагогічної і громадської діяльності. – К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2013. – С. 289 – 303. – С. 294.

<sup>157</sup> Там само. – С. 302.

<sup>158</sup> Манджигев А. Д. Ограничения при реализации свободы договора: дис. на соиск. учен. степени канд. юрид. наук: 12.00.03. / А. Д. Манджигев. – Москва. – 2015. – 230 с. – С. 69 – 70.

договору, виборі контрагента та визначенні умов договору. Зазначене дає підстави стверджувати, що принцип свободи договору є основоположним для регулювання договірних відносин. Однак, Ш. В. Калабеков, виділяючи такі принципи конструкції договору, як рівність учасників, свобода, гарантованість, непорушність, пропонує не абсолютизувати договірну свободу і зазначає, що «безмежна договірна свобода суперечить самій ідеї свободи договору»<sup>159</sup>. Тому можна зробити висновок, що так як принцип свободи договору розкриває сутність договору як регулятора цивільних відносин, так й сприйняття договору як засобу правового регулювання визначає межі свободи договору, що розкривається, насамперед, через співвідношення закону і договору.

Підсумовуючи розкриття значення договору як нормативного документу, слід підкреслити, що нормативність умов договору полягає передусім у встановленні виду та міри належної поведінки конкретними учасниками цивільних правовідносин. Саме нормативний характер договору є передумовою його сприйняття як джерела сучасного цивільного права України.

#### 1.2.4. Договір як форма реалізації цивільної правосуб'єктності учасників цивільних правовідносин

Феномен договору як фундаментальної цивілістичної категорії сприймається в різних іпостасях – як правовідношення, юридичний факт, нормативний документ, регулятор правовідносин. Саме такі підходи до його сприйняття розглядалися у попередніх підрозділах цього розділу монографії. І якщо окреслені підходи до розуміння сутності договору не є новими, а вбирають у себе нові грані із самим розвитком цивільного обороту, то сприйняття договору як форми реалізації правосуб'єктності учасників цивільних

<sup>159</sup> Иванов В. В. Общая история договора / В. В. Иванов. – М.: Юрист, 2006. – 238 с. – С. 79.

правовідносин – нова течія у дослідженні категорії договір, що зайвий раз вказує на його багатоаспектність. Новітні доктринальні та законодавчі підходи щодо сутності, змісту, обсягу та складових елементів цивільної правосуб'єктності учасників відносин приватноправової сфери; обумовили зростання ролі приватницьких засад у визначенні форм її реалізації, основою яких виступає цивільно-правовий договір.

Наукове пізнання сутності договору в обумовленому значенні неможливе по-перше, поза межами розуміння категорії «форма реалізації цивільної правосуб'єктності»; по-друге, категорії «договороздатність», а також повинно здійснюватись з урахуванням уже відомих підходів до розуміння його суті. Саме тому з метою пізнання сутності договору у досліджуваному аспекті перейдемо до послідовної характеристики кожного із наведених правових явищ.

Термін «форма реалізації правосуб'єктності» залежно від суб'єкта права, що її реалізовує (суб'єкт конституційного права, адміністративного, цивільного та інших галузей), а також від особливостей галузі права, в межах якої реалізовується правосуб'єктність, звичайно, має свою специфіку. Втім, слід зазначити, що у правовій доктрині відсутній єдиний підхід до розуміння категорії «правова форма реалізації правосуб'єктності». Можливо, причина відсутності сталих підходів у розумінні цього поняття пояснюється неможливістю окреслити єдино вірну дефініцію поняття «форма реалізації правосуб'єктності» для усіх галузей права, а, можливо, – у, до певної міри, хаотичному його використанні, без ретельного аналізу змісту, що безумовно розмиває його сутність, наповнює характеристиками, що йому не притаманні. З урахуванням специфіки цивільно-правового статусу різних суб'єктів цивільного права, а також особливостей самих цивільних правовідносин, слід зазначити, що не усі форми реалізації цивільної правосуб'єктності є рівною мірою оптимальними для набуття прав та обов'язків різними суб'єктами цивільного права.

В юридичній літературі дана категорія розглядається у доволі широкому розумінні. Так, Кулеба Д. І., досліджуючи механізм реалізації міжнародної правосуб'єктності держави, як форму реалізації її правосуб'єктності визначає участь останньої в діяльності міжнародних організацій<sup>160</sup>. Іншими словами, саме у взаємозв'язку з іншими суб'єктами міжнародного права автор вбачає форму реалізації міжнародної правосуб'єктності держави. Але, на нашу думку, правовідносини з іншими суб'єктами слід визначати не як форму реалізації правосуб'єктності, а як результат її реалізації, що досягнутий з використанням певної правової форми. Глинська О.В., аналізуючи види форм реалізації територіальною громадою господарської правосуб'єктності, відносить до них місцеві вибори і референдуми, загальні збори громадян за місцем їхнього проживання, місцеві ініціативи, громадські слухання<sup>161</sup>. Проте, зазначені вище форми реалізації правосуб'єктності виступають водночас і формами безпосереднього волевиявлення територіальних громад і якщо й можуть розглядатися в якості форм реалізації їх правосуб'єктності, то швидше конституційної, а не господарської.

Аналогічну ситуацію можна спостерігати і у цивілістичній доктрині, де якщо й досліджується реалізація цивільної правосуб'єктності суб'єктів цивільного права, то виключно в частині видів форм реалізації цивільної правосуб'єктності, а сама сутність поняття «форма реалізації цивільної правосуб'єктності» залишається нез'ясованою. Крім того, слід констатувати застосування в літературі в якості синонімів такі поняття як «форма реалізації цивільної правосуб'єктності»,

<sup>160</sup> Кулеба Д.І. Реалізація міжнародної правосуб'єктності України шляхом участі в діяльності міжнародних організацій [Текст] : дис... канд. юрид. наук: 12.00.11 / Кулеба Дмитро Іванович. - Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. - К., 2005. – С. 5.

<sup>161</sup> Глинська О. В. Форми реалізації територіальною громадою господарської правосуб'єктності [Текст] / О. В. Глинська. - Право і безпека : Науковий журнал. – 2011. – № 5 (42). - С. 222.

«спосіб реалізації цивільної правосуб'єктності», «форма участі у цивільних правовідносинах».

Якщо виходити із побудови механізму реалізації цивільної правосуб'єктності учасників цивільних правовідносин, то форма реалізації цивільної правосуб'єктності виступає його структурним елементом. Кінцевою метою використання тієї чи іншої форми реалізації цивільної правосуб'єктності виступає реалізація елементів цивільно-правового статусу (зокрема, цивільних прав та обов'язків суб'єктів цивільного права). Іншими словами, через форму реалізації цивільної правосуб'єктності здійснюється реалізація цивільних прав та обов'язків суб'єктів цивільного права в межах обсягу їх правосуб'єктності у відносинах приватноправової сфери. Слід зазначити також, що конкретний вид форм, у яких реалізується цивільна правосуб'єктність того чи іншого суб'єкта цивільного права обирається самим суб'єктом, якщо інше не передбачене законом. Якщо узагальнити, то під правовою формою реалізації цивільної правосуб'єктності учасників цивільних правовідносин слід розуміти елемент механізму цивільного регулювання відносин за їх участі – правову підставу, через яку останні набуватимуть конкретних цивільних прав та обов'язків.

Доволі часто, як зазначалось вище, поняття «форма реалізації цивільної правосуб'єктності» та «спосіб реалізації правосуб'єктності» вживаються як тотожні, що зумовлює потребу у здійсненні співвідношення між ними. Під способом реалізації правосуб'єктності, на нашу думку, слід розуміти той суб'єктний склад, за допомогою якого реалізується цивільна правосуб'єктність. Тобто через зазначене поняття вдається дати відповідь на питання, хто реалізує цивільну правосуб'єктність. Цивільна дієздатність учасників приватноправових відносин реалізується різними способами: самостійно, через представника, (якщо йдеться про юридичну особу – її органами чи учасниками тощо). Це і є способи реалізації цивільної правосуб'єктності. Спосіб реалізації цивільної правосуб'єктності за своїми характеристиками близький до поняття «форма участі у цивільних правовідносинах», за

допомогою якого також, до речі, відбувається підміна категорії форма реалізації цивільної правосуб'єктності. Зазначене поняття законодавець вживає безпосередньо в ЦК України у статтях 167-169, де розкриваються правові форми участі держави, АРК, територіальних громад у цивільних правовідносинах. З аналізу зазначених норм можна прийти до висновку, що правовими формами участі зазначених суб'єктів у цивільних правовідносинах є створення ними юридичних осіб публічного права (підприємств, навчальних закладів тощо) у випадках та в порядку, встановлених Конституцією України та законом, а також юридичних осіб приватного права (підприємницьких товариств тощо), участь в їх діяльності на загальних підставах, якщо інше не встановлено законом.

Коли ж йдеться про форму реалізації цивільної правосуб'єктності учасника цивільних правовідносин, то це та правова підстава, через яку учасники цивільних правовідносин реалізуються у суб'єктивних цивільних правах та обов'язках, в межах визначеного обсягу цивільної правосуб'єктності. У такому розрізі форма реалізації юридичної особи є схожою із юридичним фактом, як підставою виникнення зміни та припинення цивільних правовідносин. Проводячи співвідношення між зазначеними категоріями, слід вказати наступне. І закон, і рішення суду, і, особливо, договір є багатоаспектними категоріями, що дозволяє розглядати їх не тільки в якості юридичних фактів, а використовувати в інших напрямках, зокрема, як види форм реалізації цивільної правосуб'єктності суб'єктів цивільного права. Співвідношення окреслених категорій можна здійснювати і за обсягом. У такому сенсі поняття «юридичний факт» є ширшим категорії «форма реалізації правосуб'єктності». Це проявляється у тому, що не усі юридичні факти виступають формою реалізації цивільної правосуб'єктності, у той час як будь-яка форма реалізації цивільної правосуб'єктності є юридичним фактом. Крім того, в деяких випадках юридичний факт слугує підставою виникнення самої правосуб'єктності, виконуючи функцію породження останньої, її набуття або виникнення (скажімо, з народженням фізичної особи виникає її цивільна правоздатність; для

створення юридичної особи необхідна її державна реєстрація). Хоча, такий взаємозв'язок між юридичними фактами та правосуб'єктністю є двостороннім, адже в цивілістичній доктрині доведена залежність юридичної значимості юридичних фактів від правосуб'єктності<sup>162</sup>. Втім, незважаючи на те, що види форм реалізації правосуб'єктності є одночасно і видами юридичних фактів, це жодним чином не нівелює потреби у їх виокремленні, адже через той чи інший вид форми реалізації цивільної правосуб'єктності суб'єкт цивільного права реалізується у цивільних правовідносинах в межах визначеного обсягу цивільної правосуб'єктності.

У цивільному праві існують досить різноманітні форми, за допомогою яких суб'єкти цивільного права набувають конкретних цивільних прав та обов'язків, при чому перелік їх видів носить дискретний характер. Так, набуття конкретних цивільних прав та обов'язків учасниками відносин приватноправової сфери може відбуватися через прямі вказівки цивільного законодавства, якими визначаються межі їх участі у цивільному обороті. До такого твердження приходимо, виходячи із ч. 3 ст. 11 ЦК України, у якій зазначається, що цивільні права та обов'язки можуть виникати безпосередньо з актів цивільного законодавства. У випадках, встановлених актами цивільного законодавства, цивільні права та обов'язки виникають безпосередньо із актів органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим або органів місцевого самоврядування (ч. 4 ст. 11 ЦК України). У ч. 5 цієї ж статті ЦК України також визначено, що у випадках, встановлених актами цивільного законодавства, цивільні права та обов'язки можуть виникати з рішення суду. Отже, і закон, і рішення суду, і адміністративний акт виступають видами форм реалізації цивільної правосуб'єктності. Для юридичних осіб видами форм реалізації цивільної правосуб'єктності виступатимуть також статутні документи, рішення органів

управління юридичної особи (загальних зборів, виконавчих органів тощо).

Але найпоширенішою та найдоцільнішою правовою формою реалізації правосуб'єктності учасників цивільних правовідносин виступає цивільно-правовий договір. У ч. 1 ст. 11 ЦК України визначено, що договори (виділено мною. - О. З) та інші правочини виступають підставами виникнення цивільних прав та обов'язків. У даній нормі законодавець виводить договір на перше місце, підкреслюючи тим самим роль двосторонніх правочинів – договорів. Варто зазначити, що з адміністративними актами та рішеннями суду договори зближує те, що всі вони належать до юридичних актів – правомірних дій суб'єктів, метою яких є виникнення, зміна або припинення цивільних правовідносин, тобто спрямованих на досягнення правових наслідків. Разом з тим, між адміністративними актами та договорами як підставами виникнення цивільних прав та обов'язків існують також певні відмінності, які передусім проявляються у тому, що для договору характерним є принцип свободи. Так, серед загальних засад цивільного законодавства, у ст. 3 ЦК України закріплено свободу договору, яку, як слушно відзначається у літературі, можна беззастережно визнати принципом договірності права<sup>163</sup>. Дана теза знаходить своє підтвердження у ст. 627 ЦК України, згідно з якою відповідно до ст. 6 даного Кодексу сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості.

В окремих випадках може йтися про поєднання різних видів форм реалізації цивільної правосуб'єктності особи: закону та договору, адміністративного акту та договору, рішення суду та договору. При цьому договір при зазначеному поєднанні завжди виступає тією формою, завдяки якій особа набуває конкретних

<sup>162</sup> Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве [Текст] / О. А. Красавчиков. - М.: Госюриздат. - 1958. - С. 48.

<sup>163</sup> Цивільне право України. Загальна частина : підручник / [За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика]. - 3-тє вид., перероб. і доп. - К. : Юрінком Інтер, 2010. - С. 52.

прав та обов'язків. Іншими словами, у законі чи рішенні суду можуть міститись вказівки щодо обов'язку укласти той чи інший договір, умови, на яких він повинен укладатись, проте тільки на підставі договору в його сторін виникають права та обов'язки.

Обираючи договір як форму реалізації правосуб'єктності, учасник цивільних правовідносин реалізує свою договороздатність як складову правосуб'єктності. Термін «договороздатність» останнім часом увійшов у використання у вітчизняній правовій літературі (не виключення, що це пов'язано із тим, що у ЦК України вміщено легальне визначення поняття договору, якого не було раніше). Але ґрунтовних теоретичних напрацювань, спрямованих на визначення місця договороздатності у структурі змісту цивільної правосуб'єктності, на жаль, немає. З одного боку це можна пояснити тим, що в наукових колах висловлюються певні сумніви щодо доцільності дроблення елементів змісту цивільної правосуб'єктності, а з іншої сторони – складністю у визначенні цього явища договірного права. Проте, на нашу думку, процес пізнання будь-якого правового явища вимагає визначення його складових, а розуміння сутності тієї чи іншої системи неможливий без аналізу її структурних елементів. Саме тому виокремлення елементів змісту цивільної правосуб'єктності дозволить визначити чітку сукупність цивільних прав та обов'язків, що належать тим чи іншим суб'єктам цивільних правовідносин, а, відтак, у кінцевому результаті, дозволить якісніше визначити їх правове становище, як учасників відносин у приватноправовій сфері. З огляду на це, дослідження договороздатності має важливе практичне значення, адже правоздатність за договором не тільки впливає на його дійсність, а й відіграє значення на шляху наукового аналізу договору саме в аспекті форми реалізації правосуб'єктності її носія.

Ретельний аналіз причин виокремлення договороздатності як самостійної цивільно-правової категорії із власним змістовим навантаженням дозволяє звести їх до таких. По-перше, як уже

вказувалося вище, між особливостями укладення договорів та односторонніх правочинів можна простежити певні відмінності. Так, у юридичній літературі відзначається на необхідності співвідношення одностороннього правочину та договору<sup>164</sup>. І таке співвідношення, на нашу думку, слід проводити за їх правовою природою, особливостями укладення, визначенням меж свободи тощо. Розкриваючи сутність договору, В. В. Васильєва приходить до цілком обґрунтованого висновку, за яким основною його унікальною ознакою є втілення у ньому двох або більше відособлених воель, що в свою чергу зумовлює існування сторін договору – як протиставлених одне одному суб'єктів в межах воель (що узгоджується у договорі) та мети укладення договору, інтереси яких задовольняються за рахунок одне одного<sup>165</sup>. Як слушно відзначає Р. І. Тап'ян, вказана ознака має кілька елементів: 1) узгодженість воель осіб, яка полягає в тому, що в односторонніх правочинах воель суб'єктів не завжди узгоджуються, у той час як у договорах таке узгодження є необхідним; 2) відсутність домовленості між суб'єктами односторонніх правочинів; 3) спрямованість воель осіб у односторонніх правочинах на настання окремих правових наслідків, у той час як у договорах волевиявлення сторін спрямовані на настання спільного правового наслідку; 4) самостійність односторонніх правочинів, тобто створення

<sup>164</sup> Орлов Д.Н. Правовое регулирование односторонних сделок в предпринимательской деятельности [Текст] : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право, гражданский процесс, предпринимательское право, международное частное право» / Д. Н. Орлов. – М. – 2010. – С. 6.

<sup>165</sup> Васильєва В. В. Місце договору у системі юридичних фактів та встановлення його ознак [Текст] / В. В. Васильєва // Проблеми вдосконалення чинного законодавства України : збірник наукових статей. Випуск 28.- Івано-Франківськ ; Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2012. – С. 93.



кожним з них своїх правових наслідків, а волевиявлення сторін у договорі створюють спільні правові наслідки<sup>166</sup>.

З огляду на окреслені відмінності, підвести використання категорії правочиноздатності до визначення здатності укладати односторонні правочини та договори можливе тільки у загальних рисах.

По-друге, в порівнянні із односторонніми правочинами більш характерними у договірній практиці є саме двосторонні правочини – договори, особливо, для осіб юридичних, за виключенням окремих видів односторонніх (наприклад, видачі довіреності). Крім того, у самому ЦК України термін «правочин», за виключенням глави 16 «Правочини», вживається доволі рідко. Так, для прикладу, даний термін не набув широкого застосування у Книзі V «Зобов'язальне право». У зв'язку з цим, категорія договороздатності не може не викликати наукового інтересу. По-третє, у ч. 5 ст. 202 ЦК України передбачається, що до правовідносин, які виникли з односторонніх правочинів, застосовуються загальні положення про зобов'язання та про договори, якщо це не суперечить актам цивільного законодавства або суті одностороннього правочину. Отже, законодавець норми щодо договорів вважає загальними і дозволяє застосовувати їх до правовідносин, що виникають із односторонніх правочинів.

Варто також зазначити, що поняття «договороздатність» традиційно розкривається у вузькому розумінні, відповідно до якого під договороздатністю слід розуміти здатність особи укладати договори, виступати стороною договірних зобов'язань. Проте таке розуміння договороздатності є досить вузьким і не розкриває усієї сутності цього складного правового явища, адже розкриває тільки окремі елементи договороздатності. І причиною цьому у першу є те, що

<sup>166</sup> Таш'ян Р. І. Односторонні правочини в цивільному праві [Текст] : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право, цивільний процес, сімейне право, міжнародне приватне право» / Р. І. Таш'ян. – Харків. – 2009. – С. 8.

договірне правовідношення не перебуває у статичі, для нього характерні динамічні процеси, як відзначав Б. Б. Черепакін, для нього характерний рух<sup>167</sup>. Саме тому зміст поняття «договороздатність» залежить від стадій динаміки договірних зобов'язань. На думку М. М. Сібільова, динаміка зобов'язання після його виникнення – це стан його розвитку, спрямований урешті-решт на його виконання і припинення<sup>168</sup>. Отже, зазначений автор виділяє дві стадії руху договірних правовідносин: виконання та припинення. Брагинський М. І. був переконаний, що динаміка договірних зобов'язань охоплює виконання, зміну та розірвання<sup>169</sup>. У процесі динаміки зобов'язальних правовідносин Б. Б. Черепакін виділяв такі їх стадії як виникнення та припинення<sup>170</sup>. Виходячи із наведених визначень, очевидним стає те, що зміст поняття договороздатності не обмежується лише здатністю вступити у договірні відносини, він ширший за обсягом і має свої характеристики на кожній із стадій динаміки договірних зобов'язань: зміни, розірвання, виконання тощо.

На нашу думку, для чіткого розуміння змісту договороздатності варто проаналізувати її через призму двох різних площин: по-перше, в аспекті функціональної спрямованості дій; по-друге, в аспекті вольової спрямованості дій. Так, з точки зору функціональної спрямованості дій у договороздатності поєднуються такі здатності: а) правонабувальна здатність – здатність набувати цивільних прав

<sup>167</sup> Черепакін Б. Б. Труды по гражданскому праву [Текст] / Б. Б. Черепакин. – М.: Статут. – 2001. (Классика российской цивилистики). – С. 310.

<sup>168</sup> Сібільов М. М. Динаміка договірних зобов'язань після їх виникнення [Текст] / М. М. Сібільов // Вісник Академії правових наук України. – 2005. – № 1. – С. 87.

<sup>169</sup> Брагинский М. И. Договорное право. Общие положения [Текст] / М.И. Брагинский, В. В. Витрянский. – Изд. 2-е, испр. – М.: Статут, 1999. – Кн. 1. – С. 417.

<sup>170</sup> Черепакін Б. Б. Труды по гражданскому праву [Текст] / Б. Б. Черепакин. – М.: Статут. – 2001. (Классика российской цивилистики). – С. 310.

за договором; б) правореалізаційна здатність – здатність своїми діями реалізовувати цивільні права за договором; в) правовиконавальна здатність – здатність виконувати цивільні обов'язки, що випливають із договору. Через узяті разом вищенаведені здатності договороздатність особи можна охарактеризувати як здатність до вступу (зміни або розірвання) договірних зобов'язання та їх виконання<sup>171</sup>.

З точки зору вольової спрямованості дій договороздатність включає у себе здатність нести відповідальність за договором (при цьому здатність нести відповідальність за порушення договору нами розглядається саме як елемент договороздатності, а не як самостійний елемент – деліктоздатність, оскільки деліктоздатність включає в себе також і здатність нести позадоговірну відповідальність). Об'єднавши розуміння договороздатності в аспектах функціональної та вольової спрямованості дій суб'єкта впливає, що внутрішній зміст даного поняття включає у себе здатність особи вступати (змінювати або розривати) та виконувати договори, а також нести відповідальність за їх невиконання. Слід вказати також, що структура договороздатності зазвичай не включає усі можливі перелічені елементи, адже не в кожному разі виникає потреба зміни чи розірвання договірних зобов'язання, чи потреба у застосуванні заходів відповідальності за невиконання останнього у разі, якщо воно виконане належно.

З урахуванням наведеної вище структури договороздатності далі з'ясуємо яка ж роль належить договору на етапі реалізації кожного із елементів договороздатності учасників цивільних правовідносин, адже у значенні договору на кожному етапі динаміки договору, а відповідно при реалізації тих чи інших елементів договороздатності і буде проявлятися його сутність як

<sup>171</sup> Зозуляк О. І. Реалізація цивільної правосуб'єктності юридичних осіб у договірній формі: монографія [Текст] // Ольга Ігорівна Зозуляк. – Івано-Франківськ, Нова зоря. – 2012. – 216 с.

універсальної форми реалізації цивільної правосуб'єктності учасників відносин приватноправової сфери.

У межах цього розділу монографії нами розкривалась сутність договору у різних площинах – як правовідношення, юридичного факту, нормативного документа. Усі ці аспекти розуміння договору в залежності від стадії (етапу) його динаміки відіграють важливе значення при розкритті його суті у досліджуваному нами аспекті на етапі реалізації кожного із елементів структури договороздатності.

Так, при реалізації першого елемента договороздатності того чи іншого учасника цивільних правовідносин – здатності до укладення (зміни, розірвання) договору приманні ознаки юридичного факту. Реалізація наступного елемента договороздатності учасників цивільних правовідносин – здійснення цивільних прав та обов'язків за договором пов'язана із розумінням його як правовідношення. Коли ж ідеться про такі елементи договороздатності учасників цивільних правовідносин як виконання договору та відповідальність за невиконання чи неналежне виконання договору, то на стадії їх реалізації договір набуває характеристик договору-документу, адже закріплює умови виконання договору та передбачає умови цивільно-правової відповідальності за невиконання. Таким чином, при реалізації елементів договороздатності учасників цивільних правовідносин договір набуває ознак і юридичного факту, і виступає формою існування правовідношення, і нормативного документа. У такому поєднанні різних площин договору і проявляється його особлива сутність як найоптимальнішої та найуніверсальнішої форми реалізації правосуб'єктності (у вузькому розумінні договороздатності) учасників цивільних правовідносин серед усіх інших видів правових форм реалізації цивільної правосуб'єктності (закону, рішення суду, адміністративного акту тощо).

Крім того, така багатоаспектність договору і новітнє його розуміння як форми реалізації правосуб'єктності учасників цивільних правовідносин вкотре переконує у обґрунтованості міркувань В. В. Луця з приводу того, що в конкретному аналізі юридичних явищ завжди слід розкривати їх сутність,

встановлювати, зокрема, що розуміється під поняттям «договір» у тому чи іншому випадку»<sup>172</sup>.

Встановивши універсальність договору як правової форми учасників цивільних правовідносин хочемо також зауважити, що перелік умов його дійсності, зокрема в частині тих із них, що пов'язані із достатнім обсягом правоздатності та дієздатності, залежатимуть від самого учасника цивільних правовідносин – чи це фізична, юридична особа, держава чи територіальні громади тощо, а також особливостей та меж їх цивільної правоздатності (загальна, універсальна чи виключна) та способів реалізації цивільної дієздатності. При аналізі проблем пов'язаних із реалізацією своєї правосуб'єктності через правову форму договору слід виходити із правової природи та особливостей цивільно-правового становища тих чи інших учасників цивільних правовідносин, адже, скажімо, адже юридичній особі не можуть бути характерні права, що за своєю природою належать лише особі фізичній і навпаки. Як вірно зауважує О. О. Первомайський, фізичних та юридичних осіб слід визнати видами дихотомічної класифікації: «природний» – «штучний»<sup>173</sup>. Притримуючись такого підходу, на нашу думку, вдасться уникнути змішування цивільних прав та обов'язків, які належать виключно фізичній особі та тих, які можуть належати тільки юридичній особі. Очевидно, саме з урахуванням правової природи учасників цивільних правовідносин у рамках ЦК України визначено ряд обмежень щодо участі юридичних осіб у різного роду договірних моделях. Так, тільки фізична особа може бути відчужувачем в договорі довічного утримання (ст. 746), замовником у договорі побутового підяду (ст. 865),

<sup>172</sup> Луць В. В. Контракти у підприємницькій діяльності [Текст] : навч. посібник. – 2-е вид., стер. / В. В. Луць. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – С. 15.

<sup>173</sup> Первомайський О. О. Суб'єкти публічного права в систематичі учасників цивільних відносин [Текст] / О. О. Первомайський // Приватне право і підприємництво : збірник наукових праць. – Вип. 9 / редкол. : Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. – К. : НДПІП АПрНУ, 2010. – С. 42.

пасажиром у договорі перевезення пасажирів та багажу (ст. 910), поклажадавцем у договорі зберігання речі у ломбарді (ст. 967). Разом з тим, у ЦК України містяться обмеження не лише щодо участі юридичних осіб у договірних конструкціях, а й щодо осіб фізичних. Для прикладу, у договорі складського зберігання на стороні товарного складу (ст. 957), у договорі страхування на стороні страховика (ст. 984), у кредитному договорі (ст. 1054), договорі банківського вкладу (ст. 1058), договорі банківського рахунку (ст. 1066) на стороні банку виступають юридичні особи, які спеціально створені для здійснення відповідної діяльності. Такий підхід ще раз вказує, що вступ у договірні відносини та право вибору саме договору як форми реалізації правосуб'єктності обумовлений серед іншого і правовою природою самого учасника цих правовідносин, актуалізуючи тим самим пізнання правових проблем, що пов'язані із реалізацією правосуб'єктності у договірній формі конкретних учасників цивільних правовідносин.

Підсумовуючи, слід зазначити, що поняття «правова форма реалізації цивільної правосуб'єктності» є самостійною категорією, що має власний зміст та характеристики, що дозволяє проводити розмежування між нею та такими поняттями як спосіб реалізації цивільної правосуб'єктності», «форма участі у цивільних правовідносинах» та іншими суміжними категоріями. Видами форм реалізації цивільної правосуб'єктності учасників цивільних правовідносин виступають закон, рішення суду, адміністративні акти, локальні корпоративні акти, і, звичайно, договір, який в силу характерного для нього принципу свободи, виступає найоптимальнішою формою реалізації цивільної правосуб'єктності юридичних осіб. Перелік видів форм реалізації цивільної правосуб'єктності юридичних осіб носить відкритий характер. Пізнання суті договору як правової форми, у якій реалізується правосуб'єктність учасників цивільних правовідносин пов'язане із розумінням договороздатності, яка нами сприймається у широкому сенсі та включає у себе такі елементи здатність укладати (змінювати або розривати) та

виконувати договори, що відповідають правовій природі та виду цивільної правоздатності учасника цивільних правовідносин, а також нести відповідальність за їх невиконання.

Проведений аналіз свідчить про перспективність подальшого наукового пізнання феномену договору у вищенаведеному аспекті як з точки зору теорії, так і практики, а також підкреслює універсальний характер договору як правової форми, у якій реалізується цивільна правосуб'єктність учасників цивільних правовідносин. Правова модель договору як форми реалізації цивільної правосуб'єктності учасників відносин приватноправової сфери полягає у тому, що у договорі реалізуються усі елементи договороздатності суб'єкта правовідносин, а сам договір залежно від етапу реалізації елементів договороздатності набуває характеристик юридичного факту, правовідношення та нормативного документа.

## **РОЗДІЛ 2. ПРИНЦИПИ ТА МЕХАНІЗМ ДОГОВІРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН**

### **2.1. Принципи договірної регуляції цивільних правовідносин у механізмі правового регулювання**

Відповідно до усталених доктринальних положень під принципами розуміють провідні основоположні ідеї, які визначають сутність правового регулювання певної сфери суспільних відносин. Хоча з першого погляду може видаватися, що принципи у формуванні механізму правового регулювання мають дещо формальне значення, вони насправді визначають безпосередньо його зміст, виступаючи, водночас, основою для побудови нормативної основи. У зв'язку із наведеними факторами принципи повинні враховуватися при виявленні та усуненні прогалин чинного законодавства. Таким чином принципи є фундаментальною основою для правотворчості і забезпечують взаємозв'язок правової галузі та законодавства.

Принципи, становлячи собою зміст механізму правового регулювання, є динамічною категорією, оскільки формуються та видозмінюються залежно від соціально-економічних умов у суспільстві. Сьогодні свідчить про формування у нашій державі демократичного, правового суспільства, орієнтованого на світові інтеграційні процеси та на подальший розвиток ринкової економіки. Однозначно, що наведені обставини трансформували принципи, характерні для соціалістичного суспільства.

Серед сучасних тенденцій, притаманних для он принципів договірної регуляції, пріоритетного значення набуває, на думку В. В. Луця, їх адаптація до стандартів ЄС. Як зазначає провідний вітчизняний учений-цивіліст, основу

законодавства ЄС про договори становлять чинні резолюції Європейської Комісії з договірного права, Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА, Принципи Європейського контрактного права, Правила Інкотермс та інші акти. Європарламент ухвалив 26 травня 1989 р. Резолюцію про заходи щодо гармонізації приватного права держав – членів ЄС і рекомендував розпочати роботу з підготовки Загальноєвропейського кодексу приватного права.<sup>174</sup> Безумовно, що серед означених актів найбільшу увагу із точки зору євроінтеграційних процесів у сфері договірного регулювання привертають Принципи європейського договірного права, які, як підкреслює президент Торгово-промислової палати України Г. Чижиков, розроблені Комісією з європейського договірного права на чолі з відомим датським юристом Оле Ландо. Принципи є так званим квазінормативним актом, джерелом «м'якого приватного права» Європейського Союзу. Їх практичне значення полягає у тому, що в силу ст. 627 Цивільного кодексу України, а також ст. 1:101 (Застосування Принципів), 1:102 (Свобода договору) Принципів, українські суб'єкти господарювання можуть використовувати у своїх договорах положення ПЄДП, які вперше були перекладені українською мовою та розміщені у даній публікації. Використовувати положення Принципів європейського договірного права можна як щодо міжнародних трансакцій, так і у внутрішньому торговельному обороті.<sup>175</sup>

Принципи Європейського договірного права є зводом правил, спільних для договірного права країн ЄС, і, згідно ст. 1:10, можуть застосовуватися в трьох випадках, а саме: а) сторони погодилися включити їх в договір або вони погодилися, що їхній договір буде регулюватися цими Принципами; б)

<sup>174</sup> Луць В. В. Інститут договору в цивільному праві України (до 10-ї річниці чинності ЦК України) / В. В. Луць // Приватне право. – № 2. – 2013. – С. 36.

<sup>175</sup> «Принципи європейського договірного права. Коментарі та рекомендації» / [пер. з англійської ТОВ «Асоціація експортерів і імпортерів «ЗЕД»]. – К.: Асоціація «ЗЕД», 2013. – С. 5 – 6.

сторони погодилися, що їхній договір буде регулюватися «загальними принципами права», *lex mercatoria* або іншими аналогічними положеннями; в) сторони не обрали жодної правової системи або законодавства для регулювання їхнього договору. Остання можливість, що виникає при негативному виборі права, на думку Н. Г. Вилкової, є новою, в порівнянні з Принципами УНІДРУА, і не беззаперечною.<sup>176</sup>

Трансформаційні процеси стосовно принципів відбуваються під впливом у тому числі і правових методів, які застосовуються для регулювання цивільних відносин. Серед таких методів, безперечно, визначальним та пріоритетним є диспозитивність. Теоретики та практики одностайно дотримуються позиції про перманентно притаманну цивільним правовідносинам диспозитивність, адже змоделювати усі імовірні комбінації у сфері цих правовідносин, врегулювавши їх імперативно, просто неможливо.

Диспозитивність знаходить своє відображення у багатьох правових явищах, однак беззаперечним є той факт, що найбільш яскравим її проявом є застосування для правового регулювання цивільних відносин договірної конструкції. Важливість договору, як однієї із основоположних категорій цивільного права України спонукала учених та практиків виокремити основні засади договірного правового регулювання цивільних відносин. Однозначним є те, що вони ґрунтуються на загальні принципах цивільного права, закріплених у ст. 3 ЦК України. Фіксація загальних засад регулювання цивільних відносин у положеннях ЦК України, на думку Н. С. Кузнецової та А. С. Довгерт, є одним із основних досягнень проведеної кодифікації, адже концептуально ЦК України розроблявся на основі природно-правових теорій, згідно з якими закони держави не регулюють відносини, а лише здебільшого прагнуть наблизитися (збігтися) до конфігурації правовідношення, яке походить від природи. У цьому плані, зазначають науковці,

<sup>176</sup> Вилкова Н. Г. Договорное право в международном обороте / Н. Г. Вилкова. – М.: Статут, 2004. – С. 156.

серед багатьох відповідних його положень справді найвидатнішою є ст. 3 ЦК України, в якій записано, що загальними засадами цивільного законодавства є: неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом; свобода договору; свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; судовий захист цивільного права та інтересу; справедливість, добросовісність та розумність... Зазначені принципи мають загальнообов'язковий характер, і тому їх дотримання та врахування при законотворенні та розгляді конкретних правових ситуацій є обов'язковою вимогою закону.<sup>177</sup>

Наведені основні засади визначають водночас і зміст принципів договірної права України. Однак у доктрині цивілістичної науки поширеною і достатньо аргументованою є позиція про поєднання у сфері договірної права як загальних цивілістичних принципів, наведених вище, так і спеціальних. Зокрема, вказана концепція обґрунтовується С. М. Бєрвено, який стверджує про наявність у сучасному договірному праві системи загальноцивілістичних принципів (справедливості, добросовісності, розумності) та спеціальних (свободи договору, диспозитивності, економічності, належного виконання, обов'язковості виконання умов договору, судового застосування договірних та законних санкцій до порушника).<sup>178</sup> Безсумнівно, що розкриті бачення системності у принципах договірної права заслуговує на увагу, дозволяючи вичленили не лише фундаментальні основи договірної регуляції, засновані на ідеях природного права, але й специфічні засади, зумовлені

<sup>177</sup> Кузнецова Н. С. Цивільний кодекс України: визнані здобутки кодифікації (до 10-ї річниці чинності ЦК України) / Н. С. Кузнецова, А. С. Довгерт // Приватне право. – № 2. – 2013. – С. 16 – 17.

<sup>178</sup> Бєрвено С. М. Система принципів договірної права за новим цивільним законодавством України / С. М. Бєрвено // Юридична Україна, 2005. – № 9. – С. 30-37.

особливістю функціонування відносин у даній сфері. Окреслюючи спектр спеціальних принципів договірної регуляції, учені відносять до них такі, як:

– принцип свободи договору, який означає можливість сторін самостійно, на власний розсуд – у межах, установлених правом, з дотриманням загальних принципів права (справедливості, розумності, добросовісності та ін.), вирішувати важливі питання щодо договірної зобов'язання;

– принцип рівності учасників договору, який є похідним від конституційного

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

– принцип *pacta sunt servanda* (договори повинні дотримуватися), який визначався ще Гуго Гроцієм як одне з базових правил природного права: «адже було необхідно, щоб між людьми існував будь-який порядок взаємних зобов'язань, іншого ж способу, більш узгодженого з природою, неможливо вигадати»;

– принцип еквівалентності договору, що передбачає взаємність прав і обов'язків сторін, які беруть у ньому участь, і його вигідність для всіх сторін.<sup>179</sup>

Варто зазначити, що концентрація уваги провідних цивілістів на спеціальних принципах договірної регуляції жодним чином не заперечує ознак їх системності, що проявляються у наявності загальнодоктринальних засад, оскільки вони невід'ємно супроводжують будь-які ситуації щодо застосування договірних конструкцій у приватному праві.

<sup>179</sup> Договір як універсальна правова конструкція : монографія / А. П. Гетьман, В. І. Борисова, О. П. Євсєєв та ін. ; за ред. А. П. Гетьмана, В. І. Борисової. - Х. : Право, 2012. – С. 23 – 24.

Звертаючись до загальних засад договірної регуляції цивільних відносин, слід в першу чергу вказати на принципи справедливості, добросовісності, розумності, які заслужено відносять у доктрині та практиці до загальноцивільних принципів, оскільки це саме тих «три кити», на яких ґрунтується приватне право. За своєю правовою природою вони відображають «дух закону», становлять невід'ємний компонент змістового навантаження принципу верховенства права. На думку провідних вітчизняних цивілістів, вони акумулюють у собі усі інші принципи цивільного права, застосування яких не повинно призводити до несправедливого, нерозумного та недобросовісного результату. Вказані принципи є доконечною сутністю права та вказують на його природне походження.<sup>180</sup>

Аналіз приватноправових кодифікацій країн, які зазнали порівняно нещодавнього оновлення (Швейцарія, Нідерланди, Італія та ін.), свідчить про те, що серед найбільш загальних тенденцій, у відповідності із якими сформувались нові напрями розвитку права, відображені у нормативних актах наведених держав, це ґрунтовне зростання ролі справедливості, розумності та добросовісності, які відносяться до концепцій, що мають надзвичайно широкий зміст (open-ended).<sup>181</sup>

Змістове навантаження принципу справедливості відзначається значним рівнем абстрактності, та, безперечно, включає у себе елементи суб'єктивізму, оскільки бачення справедливості залежить від індивідуального світосприйняття окремого учасника цивільних правовідносин, від характеру інтересів, що знаходяться в основі його поведінки. Слід погодитися із Ю. В. Цюкало, що виробити єдині критерії застосування справедливості і передбачити усі імовірні ситуації

<sup>180</sup> Кузнецова Н. С. Цивільний кодекс України: визнані здобутки кодифікації (до 10-ї річниці чинності ЦК України) / Н. С. Кузнецова, А. С. Довгерт // Приватне право. - № 2. - 2013. - С. 17.

<sup>181</sup> Гражданское и торговое право зарубежных государств: изд. 4-е переработанное и дополненное. В 2 томах. / под. ред. Е. А. Васильева, А. С. Комарова. - Т. 1. - Москва : «Международные отношения», 2008. - С. 30.

її тлумачення неможливо.<sup>182</sup> Водночас, істинна суть принципу справедливості, як уже зазначалося нами раніше, зумовлюється суттю природного права, оскільки відображає його призначення. Як зазначає С. А. Іванова, в сучасному суспільстві справедливість розглядається як забезпечення інтересів і прав людини. Прийняття справедливого рішення на рівні суспільства полягає у врахуванні різноманітних інтересів та віднайдені компромісів. Таким чином, справедливістю є своєрідний компроміс між інтересами окремих людей, соціальних груп. Саме тому функції права в якості засобу соціального компромісу у суспільстві повністю відповідають природі справедливості.<sup>183</sup> У результаті можна з впевненістю стверджувати, що справедливість знаходить свій прояв у всіх принципах цивільного права, пронизує усі способи і прийоми механізму їх правового регулювання, як-от метод юридичної рівності учасників цивільних правовідносин тощо.

Окрім справедливості, до фундаментальних принципів договірної права України доктрина відносить добросовісність і розумність. Як зазначає А. С. Довгерт, указані принципи – це три іпостасі права: природне право, позитивне право і внутрішнє право людини. Основою природного права є справедливість, позитивного права – розумність, внутрішнього права людини – добросовісність.<sup>184</sup>

<sup>182</sup> Цюкало Ю. В. Принцип справедливості у цивільно-правовому аспекті / Ю. В. Цюкало // Науковий Вісник Чернівецького університету. – Вип. 644. Правознавство. – 2013. – С. 71 – 75.

<sup>183</sup> Іванова С. А. Принцип справедливості в гражданском праве России : автореферат диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук: специальность : 12.00.01 - Теория и история права и государства ; История учений о праве и государстве ; Специальность : 12.00.03 - Гражданское право; Предпринимательское право; Семейное право; Международное частное право / С. А. Иванова. – Владимир, 2006. – 45 с.

<sup>184</sup> Довгерт А. С. Принцип верховенства права у приватноправовій сфері. Практика застосування окремих норм Цивільного кодексу



Д. Г. Павленко наголошує на багатоаспектній правовій природі поняття добросовісності в договірних відносинах, яка проявляється у системі різнопорядкових юридично значимих проявів, які здійснюють самостійний регулюючий вплив на цивільні правовідносини і тісно взаємопов'язані між собою. Багатоаспектність цієї категорії, на думку науковця, полягає у тому, що добросовісність одночасно є: нормою прямої дії, імперативом, принципом і презумпцією цивільного права. У вузькому значенні добросовісність визначається як кожен окремий із наведених вище проявів, що має самостійний вплив на цивільні правовідносини.<sup>185</sup> Про комплексність, як іманентно притаманну властивість добросовісності, свідчить і її первинно суб'єктивна сутність (формування у внутрішній свідомості людини), яка, віднаходячи своє закріплення у нормі закону, набуває об'єктивного значення (трансформується у вияв уже позитивного, а не внутрішнього права людини). Вказане підтверджується аналізом норм ЦК України, так як беззаперечною є закріплена у них презумпція добросовісності, відповідно до якої, якщо законом встановлені правові наслідки недобросовісного або нерозумного здійснення особою свого права, вважається, що поведінка особи є добросовісною та розумною, якщо інше не встановлено судом (ч. 5 ст. 12 ЦК України). Окрім того, як підкреслює Н. В. Чубоха, підстави застосування принципу добросовісності прямо передбачені у ст. ст. 3, 12, 92, 331, 344, 388 – 390, 403, 470, 480, 500, 509, а це означає імператив диспозитивності, законодавчо закріплене

України; практ. посіб / кол. авт. – Київ: Видавн. дім «Ін Юре», 2008. – С. 29 – 40.

<sup>185</sup> Павленко Д. Г. Принцип добросовісності в договірних зобов'язаннях : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 – Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право / Д. Г. Павленко / Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва. – Київ, 2008. – С. 4.

загальнообов'язкове правило, що поширюється на усі види цивільних правовідносин і їх суб'єктів.<sup>186</sup>

Т. В. Боднар розглядає принцип добросовісності як засаду, що передбачає сумлінну і чесну поведінку суб'єктів при виконанні суб'єктивних обов'язків і здійсненні суб'єктивних прав у зобов'язальних правовідносинах.<sup>187</sup> Наведені положення переконливо засвідчують універсальність застосування добросовісності як одного із фундаментальних проявів належного договірної регуляції відносин у сфері приватного права, що наскрізно пронизує усі спеціальні його механізми.

Як уже нами зауважувалося вище, проявом позитивного права є принцип розумності, який, поряд із справедливістю та добросовісністю шляхом закріплення у положеннях ЦК України, є нормою прямої дії. Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 627 ЦК України сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Незважаючи на властиву усім трьом загально цивілістичним принципам абстрактність, принцип розумності орієнтує нас на вираженість у здійсненні цивільних прав та виконанні цивільних обов'язків, що означає первинну спрямованість розумності на забезпечення балансу між інтересами учасників приватноправових відносин. Проводячи змістове тлумачення поняття розумності, науковці концентрують свою увагу на інтелектуальній складовій вказаної категорії. Зокрема, Ю. В. Виниченко, визначає розумність, як притаманну кожній людині пізнавальну здатність систематизувати наявні знання про речі та явища, виявляти зв'язки між ними та діяти відповідно до цих

<sup>186</sup> Чубоха Н. В. Принцип добросовісності у цивільному праві України / Н. В. Чубоха // Порівняльно-аналітичне право. – №2. – 2013. – С. 173.

<sup>187</sup> Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві / Т. В. Боднар. – Київ: Юрінком Інтер, 2005. – С. 116.

зв'язків.<sup>188</sup> Однак беззаперечним є той факт, що лише інтелектуальними характеристиками змістове навантаження розумності не вичерпується. С. П. Рабінович наголошує на тому, що також ключовими елементами розумності є ознаки необхідності і достатності.<sup>189</sup> У сучасній доктрині заслуговує на увагу сформульований В. Д. Примаком комплекс якісних характеристик принципу розумності у приватноправовій сфері, зокрема: розумність є визначником способу і міри дій зобов'язаної особи, а тому спрямована на якомога раціональніше досягнення цілей правового регулювання; зміст принципу розумності зумовлений справедливістю та добросовісністю, які задають напрям її використання, орієнтуючи на адекватну оцінку дійсності, виявлення фактичних можливостей та нагальних потреб. Тому розумність становить об'єктивне підґрунтя для реалізації засад справедливості та добросовісності, проте не є тотожною зазначеним морально-правовим імперативам; розумність є надійним інтерпретаційним інструментом для стабільного тлумачення норм права; будучи орієнтованою на задоволення суспільно значимих потреб особи, розумність дозволяє конструювати ефективні правові засоби захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів.<sup>190</sup>

<sup>188</sup> Виниченко Ю. В. Разумность в гражданском праве Российской Федерации: автореферат диссертации на соискание ученой степени канд. юридических наук: специальность : 12.00.03 - / Ю. В. Виниченко / Санкт-Петербургский университет МВД России. – СПб, 2003. – 24 с.

<sup>189</sup> Рабінович С. П. Природно-правові принципи й конструкції в європейських кодифікаціях цивільного права / С. П. Рабінович // Проблеми регулювання приватноправових відносин в умовах регіональних та глобальних трансформацій: монографія. За заг. ред. О. Д. Крупчана. – К. : ред. журналу «Право України», 2013. – С. 8 – 52. – (Наук. зб. «Академічні правові дослідження». Дод. до юрид. журн. «Право України».

<sup>190</sup> Прима В. Д. Засада розумності в механізмі цивільно-правової відповідальності / В. Д. Прима // Науковий Вісник міжнародного

На основі вище зазначеного можна з упевненістю стверджувати, що, тлумачачи зміст будь-якої із трьох основоположних засад договірної правового регулювання відносин, не доречно концентруватися лише на якійсь із їх складових, оскільки усі три категорії однозначно мають багатоаспектний характер, визначений їх оціночною правовою природою. Справедливість, добросовісність та розумність є іманентно взаємопов'язаними, однак, при цьому, вести мову про відсутність у кожній із цих засад власних ідентифікаційних ознак неможливо, адже усі вони органічно поєднують у собі як індивідуальні властивості, так і якості, притаманні усім цим категоріям.

Той факт, що в основі договірної правового регулювання знаходяться такі оцінчні категорії, як справедливість, добросовісність та розумність однозначно свідчить про перманентно притаманну його механізмам диспозитивність. Саме диспозитивність, визначаючи сутність приватного права, відображає зміст застосування будь-яких договірних конструкцій. Диспозитивність проявляється у юридичній рівності, вільному волевиявленні та майновій самостійності учасників цивільних правовідносин, у зв'язку із чим однозначно віднести її суто до спеціальних принципів саме договірної регулювання важко. Цілком очевидним є висновок, що диспозитивність є базисом для регулювання будь-яких відносин приватноправового характеру, а не лише тих, що пов'язані із застосуванням договору. Викладене свідчить про умовність виокремлення у правовій доктрині загальних та спеціальних принципів договірної регулювання, оскільки має місце цілком природне їх взаємопроникнення та взаємозалежність.

Враховуючи те, що перелік так званих спеціальних принципів договірної права не є вичерпним та відзначається такою властивістю, як динамічність, неможливо охопити змістову характеристику усіх його складових. Однак, окремі із

цих принципів потребують особливої концентрації уваги у зв'язку із тим, що є перманентно притаманними для конструкції договору, є невід'ємним супроводжуючим її компонентом та природним проявом диспозитивності. Мова йде про свободу договору, які віднайшла свою легалізацію у ст. 3 ЦК України, що, ще раз наголошуємо на цьому, є свідченням врахування законодавством нашої держави провідних загальносвітових тенденцій щодо застосування договору при регулюванні цивільних правовідносин. Конкретизація принципу свободи договору має місце і у інших статтях ЦК України, зокрема, ст. 6 надає право сторонам: укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства (так звані непоіменовані договори); врегулювати у договорі, який передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, які не врегульовані цими актами. З цього приводу А. В. Луць зазначає, що задекларована у вітчизняному приватноправовому кодифікованому акті свобода договору проявляється не лише у вільному укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору сторонами (ст. 627 ЦК України), але й у свободі вибору форми договору, праві на укладення «непоіменованих», «змішаних» договорів, можливість встановлювати способи забезпечення договірних зобов'язань, форми відповідальності за їх порушення тощо.<sup>191</sup> В науковій літературі сформований цілий комплекс питань, які сторони можуть вирішувати диспозитивно шляхом реалізації свободи договору. До таких питань відносять: 1) визначати, укладати чи не укладати договір, тобто вступати або не вступати в договірні відносини (свобода укладення договору); 2) визначати, з ким укладати договір (свобода вибору контрагента договору); 3) визначати, де укладати договір (свобода вибору місця укладання договору); 4) визначати, коли укладати договір (свобода вибору часу укладення договору); 5) визначати форму договору, що укладається (свобода вибору

<sup>191</sup> Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України: навч. пос. / А. В. Луць. – К.: Школа, 2004. – С. 47.

форми договору); 6) визначати вид договору, що укладається (свобода вибору виду договору); 7) визначати зміст (умови) договору, що укладається, включаючи можливість змінювати і скасовувати умови договору (свобода визначення умов договору); 8) розривати договір, іншим чином припиняти дію договору, тобто виходити з договірних відносин (свобода розірвання договору).<sup>192</sup> Водночас, як зазначає Н. С. Кузнецова, слід враховувати, що принцип свободи договору також має свої межі. Він реалізується з урахуванням положень ЦК України, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості (ст. 627 ЦК України).<sup>193</sup>

Окреслюючи загальні тенденції розвитку інституту договору у сучасних суспільних умовах, В. В. Луць наголошує на деякій їх неоднозначності: з одного боку відбувається розширення свободи волевиявлення сторін при укладенні договорів у певних сферах економічних відносин, зокрема тих, які в умовах командно-адміністративної системи формувались на основі планових приписів; з іншого боку – спостерігається протилежна тенденція, яка властива сучасному договірному праву зарубіжних країн. Йдеться про те, що з метою захисту інтересів слабкої сторони договору та забезпечення збалансованого розвитку майнового обороту запроваджується ряд обмежень дії принципу свободи договору, що проявляються, зокрема, в інтенсивному розвитку антимонопольного законодавства, законодавства про захист прав споживачів, державному регулюванні ціноутворення, регулювання якості

<sup>192</sup> Договір як універсальна правова конструкція : монографія /А. П. Гетьман, В. І. Борисова, О. П. Євсєєв та ін. ; за ред. А. П. Гетьмана, В. І. Борисової. – Х. : Право, 2012. – С. 23 – 24.

<sup>193</sup> Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К., 2011. – С. 15.

товарів, робіт, послуг тощо.<sup>194</sup> Зауважена провідним ученим суперечливість тенденцій подальшого розвитку договірної права є цілком природною в сучасних соціально-економічних умовах, враховуючи те, що активно відбуваються процеси зближення приватного і публічного права шляхом поглиблення їх взаємозв'язку та взаємопроникнення їх норм.

До одного із пріоритетних спеціальних принципів договірної регулювання належить принцип обов'язковості виконання умов договору. Враховуючи те, що договірна конструкція є домовленістю двох або більше сторін, спрямованою на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, однією із кваліфікуючих її ознак є наявність правової мети. Очевидним є те, що така правова мета просто втрачає свій сенс за умови недотримання принципу обов'язковості виконання умов договору, оскільки останній при цьому трансформується у фікцію. Вказаний принцип отримав свою легалізацію у нормах ЦК України, зокрема, відповідно до ст. 629 договір є обов'язковим для виконання сторонами. Обов'язковість умов договору проявляється також і у тому, що сторони не мають права змінювати умови договору або відмовлятися від нього в односторонньому порядку. Такі дії повинні реалізовуватися лише шляхом узгодження сторонами своїх дій, адже в основі договірної конструкції знаходиться домовленість – узгодженість волевиявлення щодо досягнення певного результату правового характеру.

С. М. Бєрвено серед спеціальних принципів договірної регулювання вказує на належність виконання договору.<sup>195</sup> Аналогічно до вище досліджуваних принципів, він також віднайшов своє відображення на рівні законодавства. Зокрема, ст. 526, окреслюючи загальні умови виконання

<sup>194</sup> Луць В. В. Договірна права України: сучасний стан і тенденції розвитку / В. В. Луць // Юридичний вісник. – 2 (11). – 2009. – С. 51 – 55.

<sup>195</sup> Бєрвено С. М. Проблеми договірної права України : монографія / С. М. Бєрвено. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – С. 98 – 99.

зобов'язання, передбачає, що воно має відбуватися належним чином відповідно до умов договору та вимог ЦК України, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог – відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться. Виходячи з аналізу ст. 526 ЦК України, І. О. Проценком відзначено, що належність виконання оцінюється у системі чинного цивільного законодавства, де основне місце відведено ЦК України, а потім іншим актам цивільного законодавства, а за їх відсутності – звичаями ділового обороту або іншим вимогам.<sup>196</sup> Однозначно, що належність виконання умов договору є нерозривно взаємопов'язана із обов'язковістю виконання умов договору, адже неналежність виконання призводить до того, що умови договору можна визначити як такі, що не були виконані. Викладене свідчить про підкреслену нами уже раніше умовність виокремлення різних видів спеціальних принципів договірної регулювання, оскільки вони, поєднані одним призначенням, становлять єдине ціле – комплексний механізм, спрямований на якісне та ефективне регулювання цивільних правовідносин за допомогою договору.

Серед спеціальних принципів договірної регулювання виділяють також принцип рівності учасників договору. Не заперечуючи притаманність такої якості при застосуванні договірної конструкції, варто підкреслити те, що рівність учасників правовідносин взагалі є одним із проявів методу диспозитивності, визначального для цивільного права. Безпосередньо у нормі ЦК України, а саме, у ст. 1, визначено кваліфікуючі ознаки для методу цивільно-правового регулювання – цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини, засновані на

<sup>196</sup> Проценко І. О. Види забезпечення належного виконання зобов'язань у цивільному праві України: єдність та диференціація : автореф. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / І. О. Проценко / Харківський національний ун-т внутрішніх справ. – Харків, 2007. – С. 4.

юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. Законодавець наголошує при цьому не на будь-якій рівності, а саме на юридичній. Мова іде про рівність саме у правових можливостях, які надаються учасникам законодавством. Тобто принцип рівності сторін договору повинен прийматися із застереженням, пов'язаним із відмежуванням поняття «юридична рівність» та «фактична рівність». О. В. Дзера зазначає, що особливу увагу слід приділити такому відмежуванню, оскільки «цілком очевидно, що акціонерне товариство зі статутним капіталом у 10 млн. гривень має значні фінансові переваги порівняно із громадянином-підприємцем з річним прибутком у кілька тисяч гривень в укладенні різноманітних договорів».<sup>197</sup> Досліджуючи сутність принципу рівності учасників цивільних правовідносин, Р. Б. Сабодаш приходить до висновку, що під юридичною рівністю учасників цивільних правовідносин слід розуміти участь в цивільних правовідносинах суб'єктів, які не перебувають у владному підпорядкуванні один іншому, яким гарантується можливість при перебуванні в одних і тих самих умовах мати однакові, за їхніми якісним наповненням, права.<sup>198</sup> Враховуючи те, що рівність учасників є характерною для цивільних правовідносин загалом, знову ж таки потрібно підкреслити умовність кваліфікації такого принципу суто як спеціального і властивого для договірного регулювання.

Вказане свідчить черговий раз про те, що кваліфікація більшості принципів договірного регулювання як спеціальних, і відмежування їх від загальноцивільністичних принципів є умовною. Усі ці принципи (як спеціальні, так і загальні) не лише не утворюють якогось статичного вичерпного переліку у зв'язку

<sup>197</sup> Дзера О. В. Вступ до цивільного права / О. В. Дзера // Цивільне право України. Загальна частина : підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. – 3-тє вид., перероб. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – С. 13.

<sup>198</sup> Сабодаш Р. Б. Рівність учасників цивільних правовідносин: окремі аспекти / Р. Б. Сабодаш // Європейські перспективи. – 2013. – № 8. – С. 174. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/evpe\\_2013\\_8\\_34.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/evpe_2013_8_34.pdf).

із наголошеними уже вище обставинами, але й є взаємопов'язаними, взаємозумовленими, такими, які лише у своїй комплексній сукупності здатні забезпечити належне функціонування механізму договірного регулювання у чинному законодавстві України.

Враховуючи усі викладені положення можна дійти до цілком обґрунтованого висновку про те, що стереотипне сприйняття принципів договірного регулювання як суто теоретичної конструкції, позбавленої практичного значення, має помилковий характер. Саме належне та професійне застосування принципів договірного регулювання є основою для встановлення якісного правового підґрунтя охорони та захисту прав учасників цивільних правовідносин.

## 2.2. Роль договору у структурі механізму регулювання цивільних правовідносин

Загальновідомим є той факт, що основна функція права полягає у врегулюванні суспільних відносин. Хаотичні, неупорядковані суспільні відносини ведуть в нікуди, саме тому людство винайшло незамінний універсальний інструмент, спрямований на упорядкування цих відносин, – право. Як слушно зазначає О. Ф. Скаун, завдяки принципам волі та справедливості, які містяться у праві, воно споконвічно покликане бути стабілізуючим і заспокоїливим фактором<sup>199</sup>. Здійснюване державою за допомогою права і сукупності правових засобів упорядкування суспільних відносин, їх юридичне закріплення, охорона і розвиток іменується правовим регулюванням. Звичайно, що урегульованість правовідносин насамперед залежить від правових норм, але не тільки них. Сама правова норма не здатна втілитись у життя. Для цього необхідна ціла надскладна інструментальна система, котра, як с

<sup>199</sup> Скаун О. Ф. Теорія держави і права : підручник [Текст] / О. Ф. Скаун; пер. з рос. – Харків : Консум, 2001. – С. 489.

зауважує С. О. Погрібний, перетворює цю норму «із сфери належного (мета правового регулювання, втілена в нормах) в сферу суцього (відповідність суспільних відносин вимогам норми)»<sup>200</sup>. Таким засобом, за допомогою якого правові норми втілюються в конкретні суспільні відносини, виступає механізм правового регулювання.

У теоретико-правовому аспекті така категорія, як «механізм правового регулювання», є достатньо дослідженою. Глибинний аналіз даного поняття знаходимо насамперед у наукових працях С. С. Алексєєва. На його думку, механізм правового регулювання складає узятя в єдності уся сукупність правових засобів, за допомогою яких забезпечується правовий вплив на суспільні відносини<sup>201</sup>. При цьому в структуру механізму правового регулювання автор включає такі елементи: основу правового регулювання – юридичні норми; правові відносини, в тому числі суб'єктивні права та обов'язки учасників; акти реалізації прав та обов'язків їх учасників; акти застосування права, а також окремі додаткові елементи – індивідуальні акти, правоположення практики<sup>202</sup>. Треба відзначити, що окремі науковці поняття «механізм правового регулювання» розуміють дещо ширше. Так, для прикладу, В. О. Шабалін у структуру останнього включає усі ті правові явища, єдність та взаємодія яких роблять систему механізму правового регулювання цілісною, відносно замкнутою управляючою системою і надають їй своєрідного юридичного характеру. Автор відносить сюди правотворчість, правосвідомість, юридичні норми,

<sup>200</sup> Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : монографія [Текст] / Сергій Олексійович Погрібний. – К. : Правова єдність. – 2009. – С. 37.

<sup>201</sup> Алексєєв С. С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве [Текст] / С. С. Алексєев. – М. : Юридическая литература, 1966. – С. 30

<sup>202</sup> Алексєев С. С. Теория права [Текст] / С. С. Алексєев. – М. : БЕК, 1994. – С. 150.

правовідносини, законність та правопорядок<sup>203</sup>. Разом з тим, таке широке трактування механізму навряд чи можна вважати за ідеал. На нашу думку, у механізм правового регулювання варто включати лише ті правові явища, котрі стоять на шляху втілення правової норми у суспільні відносини, тому недоцільно будувати його структуру за рахунок явищ, котрі не мають зв'язку із правовим регулюванням, роблячи тим самим її занадто громіздкою. Тут важливо притримуватись загальної, стандартної, вже усталеної моделі будови механізму правового регулювання (мова йде про загальноприйняту структуру, розроблену С. С. Алексєєвим), хоча не виключено, що вона (будова) може розширюватись за рахунок інших правових явищ залежно від різних чинників. Включення у структуру механізму правового регулювання таких складових елементів, як правосвідомість, законність можна швидше віднести до такого поняття, як правовий вплив, а останній, як вказується у правовій літературі, не співпадає із категорією механізму правового регулювання. Як зазначає О. Ф. Скакун, смислове навантаження у цих двох категорій є близьким, частково збігається, але не є однозначним. Правовий вплив – це взятий у єдності та різноманітті весь процес впливу права на суспільне життя, свідомість і поведінку людей за допомогою як правових, так і неправових засобів. На її думку, за головними особливостями свого змісту правовий вплив є не специфічно правовим, а загальним, в якому діє не право як сукупність норм, а «дух» права, прослідковується вплив права на систему суспільних відносин, потенціал психічного складу особи, її правову свідомість і культуру. Коли зміст права проходить через свідомість людей, вона стає правосвідомістю. Люди повинні поводитися однаково в однотипній ситуації, якщо право встановлює певні правила поведінки. Виробляється стандарт

<sup>203</sup> Шабалін В. А. Методологические вопросы правоведения (в связи с теорией и практикой социалистического управления) [Текст] / В. А. Шабалін. – Саратов : Изд-во Саратовского ун-та, 1972. – С. 142.

поведінки, формується загальна нормативна культура як безпосередня передумова законослухняності громадян. Це і є правовий вплив на поведінку людей<sup>204</sup>.

Погрібний С.О., виходячи із загальнотеоретичного розуміння механізму правового регулювання, дослідив його в аспекті договірних відносин у цивільному праві. При цьому автором було враховано те, що, по-перше, структура механізму правового регулювання не може бути універсальною, єдиною і для публічного, і для приватного права, а по-друге, у зв'язку з визнанням можливості та пріоритетності саморегулювання договірних відносин<sup>205</sup>. Дійсно, як вірно відзначає В. Л. Яроцький, структура правового регулювання приватноправових відносин обумовлена загальнодозвільною спрямованістю приписів уповноважених норм цивільного права. Їх упорядковувальна дія показує органічне поєднання нормативних приписів і позанормативних регуляторів. Позанормативний характер, зокрема, мають договори, односторонні правочини, локальні акти й статuti юридичних осіб, звичаї тощо. Визначена засадами самоорганізації й диспозитивності структура правового регулювання приватноправової царини забезпечує регламентаційний вплив відповідних взаємоузгоджених комплексів правових засобів на окремі групи особистих немайнових і майнових відносин<sup>206</sup>. Таке поєднання нормативного регулювання та саморегулювання, на нашу думку, і є основною характерною рисою механізму правового регулювання у приватноправовій сфері.

<sup>204</sup> Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підручник [Текст] / О. Ф. Скакун; пер. з рос. – Харків : Консум, 2001. – С. 490-491.

<sup>205</sup> Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : монографія [Текст] / Сергій Олексійович Погрібний. – К. : Правова єдність. – 2009. – С. 44.

<sup>206</sup> Яроцький В. Л. Нормативно-організаційні й самоорганізаційні засади правового регулювання цивільних відносин [Текст] / В. Л. Яроцький // Проблеми законності : Збірник наукових праць. – 2009. – Вип. 100. – С. 121.

Під механізмом правового регулювання, як зазначається у науковій літературі, слід розуміти послідовний ланцюг зміни окремих правових явищ: норма права, що регулює цивільні відносини; юридичний факт; суб'єктивні юридичні права та обов'язки, які мають суб'єкти правовідносин, що виникли на підставі юридичного факту; здійснення суб'єктивних юридичних прав та виконання суб'єктивних юридичних обов'язків; захист порушених цивільних прав та обов'язків (як факультативна ознака)<sup>207</sup>. Беручи за основу наведену структуру механізму правового регулювання, окреслимо у загальних рисах її елементи.

Отже, першим елементом структури правового механізму виступає правова норма. Як слушно зазначає С. С. Алексєєв, норми права виступають як передумова і як зразок, модель поведінки у правових відносинах. Вони слугують висхідною базою правового регулювання, в них вказується, що дозволено, які ж наслідки дотримання чи порушення зафіксованого в них правила. Норми права – це основа всього механізму правового регулювання. Всі інші елементи, передбачені нормами права, носять піднормативний характер<sup>208</sup>. У правовій літературі вказується, що специфічне завдання норми права в механізмі правового регулювання полягає в тому, щоб: визначити загальне коло людей, на які вона поширює свою дію; встановити зміст суспільних відносин (зміст поведінки суб'єкта), а також об'єкти правовідносин; визначити обставини, в яких особа повинна керуватися даним правилом поведінки; розкрити саме правило поведінки вказівкою на права і обов'язки учасників відносин, що регулюються, характер їх зв'язку між собою, а також державно-примусові заходи, що застосовуються до осіб у разі невиконання

<sup>207</sup> Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : монографія [Текст] / Сергій Олексійович Погрібний. – К. : Правова єдність. – 2009. – С.

<sup>208</sup> Алексєєв С. С. Теория государства и права: Учеб. для юридических вузов и факультетов [Текст] / С. С. Алексєєв. – 3-е изд. – М. : Норма, 2009. – С. 242.



ними юридичних обов'язків<sup>209</sup>. Крім того, на нашу думку, якраз через норму права визначається саме існування усіх інших елементів структури механізму правового регулювання. Характеризуючи зазначений елемент механізму правового регулювання у приватноправовій сфері, С. О. Погрібний приходиться до висновку, що норма цивільного права - це правило поведінки, встановлене державою в актах цивільного законодавства, а також правило, встановлене безпосередньо учасниками цивільних відносин при реалізації ними права на їх саморегулювання у сферах і в межах, передбачених законом, які спрямовані на впорядкування особистих немайнових і майнових відносин, заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників<sup>210</sup>.

Другим елементом механізму правового регулювання договірних відносин виступають юридичні факти – конкретні життєві обставини, з якими закон пов'язує виникнення, зміну чи припинення правовідносин. Як вірно відзначає Г. В. Кикоть, юридичні факти в механізмі правового регулювання виконують свою головну роль – забезпечують виникнення, зміну і припинення правових відносин. Вони створюють перехід від загальної моделі прав і обов'язків, зафіксованої в юридичній нормі, до конкретної, що втілюється у правовідносини. Однак у різних галузях права реалізація цієї головної функції залежить від специфіки інших юридичних фактів відповідної галузі права, що має враховуватися у правотворчій та правозастосовчій діяльності<sup>211</sup>. У ч. 2 ст. 11 ЦК України визначено, що підставами виникнення цивільних прав та обов'язків виступають: договори

<sup>209</sup> Скаун О. Ф. Теорія держави і права : підручник [Текст] / О. Ф. Скаун; пер. з рос. – Харків : Консум, 2001. – С. 490-491.

<sup>210</sup> Погрібний С.О. До питання про визначення норми цивільного права [Текст] / С.О. Погрібний // Проблеми законності : Збірник наукових праць. – 2010. – Вип. 109. – С. 93.

<sup>211</sup> Кикоть Г. В. Юридичні факти в системі правовідносин [Текст]: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права, історія політичних і правових учень» / Г. В. Кикоть. – К., 2006. – С. 9-10.

та інші правочини; створення літературних, художніх творів, винаходів та інших результатів інтелектуальної, творчої діяльності; завдання майнової (матеріальної) та моральної шкоди іншій особі; інші юридичні факти.

Наступним елементом механізму правового регулювання виступають цивільні правовідносини. Правовідносини виступають сполучним щаблем в середині самого механізму правового регулювання між нормою права та поведінкою суб'єктів суспільних відносин. Вони, без сумніву, є тим елементом механізму правового регулювання, у якому індивідуалізуються положення певної правової норми, конкретизуються суб'єктивні юридичні права та обов'язки. Іншими словами, правовідносини виконують роль трансформатора загальних положень норм цивільного права у реальні відносини суб'єктів цивільного права, дозволяючи тим самим задовольнити їхні інтереси, досягти виконання їх волі. Як вірно відзначає Н. С. Кузнецова, правовідношення можна розглядати тією правовою матрицею належної поведінки, своєрідною «проекцією» правової норми (чи іншого належного стандарту) в структурну площину (хто, що і як повинен виконувати і вправі набувати)<sup>212</sup>.

Заключним елементом механізму правового регулювання виступають акти безпосередньої реалізації суб'єктивних прав і обов'язків. Під даним поняттям слід розуміти фактичну поведінку суб'єктів цивільних правовідносин (в тому числі юридичних осіб), пов'язану із здійсненням (реалізацією) своїх прав і обов'язків. Порядок здійснення цивільних прав та виконання цивільних обов'язків регулюється статтями 12-14 ЦК України. Виходячи із традиційного розуміння суб'єктивного цивільного права як «тріади повноважень», у юридичній

<sup>212</sup> Кузнецова Н. С. Совершенствование механизма правового регулирования гражданских правоотношений [Текст] / Н. С. Кузнецова // Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвеевські цивілістичні читання): матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 10 листопада 2011 р.). – К.: Алерта, 2012. – С. 50.

літературі слушно зазначається, що здійснення суб'єктивного цивільного права – це реалізація мір можливої поведінки уповноваженої особи шляхом здійснення належних їй повноважень (права на власні дії, права на чужі дії та права на захист)<sup>213</sup>.

Викладене дозволяє перейти до характеристики особливостей та ролі договору у структурі механізму регулювання цивільних правовідносин. Дійсно, поряд з такими конститутивними ознаками цивільно-правового договору як те, що договір є: 1) угодою, яка досягнута на підставі вільного волевиявлення сторін; 2) спрямованістю на досягнення певного правового результату – встановлення, зміна або припинення цивільних прав і обов'язків; 3) конструкцією, згідно якої відбувається поширення прав і обов'язків, що породжуються договором, на осіб, що уклали договір, які одночасно виступають і як сторони відповідного договірної зобов'язання<sup>214</sup>, не менш важливою характерною рисою договору є й те, що він є поряд з нормою цивільного права регулятором правовідносин, що складаються у приватного правовій сфері.

Така позиція підтримується значною кількістю вчених, які вказують на важливість регулятивної ролі договору у механізмі правового регулювання. Зокрема, такі наукові міркування

<sup>213</sup> Цивільне право України : підручник [Текст] : у 2 т. [Борисова В. І. (кер. авт. кол.), Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін.]; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасиби-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – Т. 1. – С. 254.

<sup>214</sup> Кізлова О. С. Категорія «договір» у праві та законодавстві / О. С. Кізлова // Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвеевські цивілістичні читання). Матеріали міжнародної науково-практичної конференції: у двох томах, Київ, 19 жовтня 2012 року. – К.: ТОВ «Білоцерківдрук», 2013. – С. 385 – 388. – с. 388; Мічурін Є. О. Техніка складання договорів. Науково-практичний посібник. Серія «Практика і закон» / Є. О. Мічурін. – Харків: «Орбвіт», 2006. – 536 с. – с. 12 – 13.

можна зустріти у працях В. А. Васильєвої, В. В. Васильєвої, О. І. Зозуляк, Р. А. Майданика, І. Р. Калаура, О. Я. Кузьмича, В. В. Луця, С. О. Погрібного, С. П. Погребняка, М. М. Сібільова, О. С. Яворської<sup>215</sup>.

<sup>215</sup> Васильєва В. А. Цивільно-правове регулювання діяльності з надання посередницьких послуг. Монографія. – Івано-Франківськ: ВДВ ЦТ Прикарпатського національного університету ім. В. Стефаника, 2006. – 346 с.; Васильєва В. В. Закон та договір у системі юридичних фактів / В. В. Васильєва // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України [текст]: Збірник наукових статей. Випуск 34. – Івано-Франківськ: При-карпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2014. – С. 125 – 135; Зозуляк О. І. Реалізація цивільної правосуб'єктності юридичних осіб у договірній формі: монографія [Текст] / Ольга Ігорівна Зозуляк. – Івано-Франківськ, Нова зоря. – 2012. – 216 с.; Майданик Р. А. Система источников гражданского права Украины / Р. А. Майданик // Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвеевські цивілістичні читання). Матеріали міжнародної науково-практичної конференції: у двох томах, Київ, 19 жовтня 2012 року. – К.: ТОВ «Білоцерківдрук», 2013. – С. 37 – 46.; Калаур І. Р. Договірні зобов'язання з передання майна в користування: проблеми теорії та практики: Монографія / І. Р. Калаур. – 2-ге вид., доп. – Тернопіль: Підручники і посібники, 2015. – 480 с.; Кузьмич О. Я. Договори на користь третіх осіб у цивільному праві України: монографія / О. Я. Кузьмич. – Івано-Франківськ: Вид-во Прикарпат. нац. ун-ту ім. В. Стефаника, 2014. – 334 с. – с. 14; Луць В. В. Інститут договору в цивільному праві України / В. В. Луць // Право України. – 2014. – № 2. – С. 25 – 33; Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: автореф. дис. на здобуття наук. ступ. доктора юрид. наук: 12.00.03 / С. О. Погрібний. – Київ. – 2009. – 51 с.; Договір як універсальна правова конструкція: монографія Д59 / А. П. Гетьман, Р. І. Борисова, О. П. Євсєєв та ін.; за ред. А. П. Гетьмана. – К.: Борисової. – Х. : Право, 2012. – 432 с. – С. 17; Сібіль М. М. Цивільно-правовий договір як регулятор суспільних відносин / М. М. Сібільов // Право України. – 2014. – № 2. – С. 34 – 44, Яворська О. С. Договірне право як регулятор цивільних відносин / О. С.

Зазначена вище значна кількість наукових досліджень дає підстави погодитися з висловленими позиціями Н. С. Кузнецової та А. С. Довгєрта, які вказують на те, що у договірній сфері закон перестає вважатися «істиною в останній інстанції», сторони мають право відходити від його положень, коригуючи відповідно до своїх інтересів<sup>216</sup>. Так, М. М. Сібільов розмежовує дві базові моделі правового регулювання договірних відносин – внутрішнє регулювання (саморегулювання) та зовнішнє (державне регулювання). Суть першої моделі полягає у тому, що сторони можуть скористатися наданою їм можливістю саморегулювання і обмежити коло умов договору лише ініціативними умовами. Суть другої моделі полягає у тому, що сторони можуть погодитися на регулювання договірних відносин на підставі імперативних приписів, вміщених в актах цивільного законодавства щодо типу (виду) договору, укладеного ними<sup>217</sup>.

Із врахуванням наведеного, визначення сутності договору як самостійного регуляторного елемента механізму правового регулювання здійснюється через аналіз особливостей співвідношення актів цивільного законодавства і договору, зазначених ст. 6 ЦК України. У ч. 1 даної статті закріплено положення, згідно якого сторони мають право укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства. У правовій літературі такі договори визначаються ще як непоіменовані договори, тобто такі, що не передбачені у жодному нормативно-правовому акті, що регулюють ті чи інші загальні чи конкретні правовідносини. Можливість укладення

Яворська // Соц.-ек.проблеми сучас.періоду України. – 2008. – Вип. 6(74). – С. 148 – 158.

<sup>216</sup> Кузнецова Н. С., Довгєрт А. С. Цивільний кодекс України: визнані здобутки кодифікації / Н. С. Кузнецова, А. С. Довгєрт // Право України. – 2014. – № 2. – С. 9 – 24. – С. 20.

<sup>217</sup> Сібільов М. М. Цивільно-правовий договір як регулятор суспільних відносин / М. М. Сібільов // Право України. – 2014. – № 2. – С. 34 – 44. – С. 41 – 42.

непоіменованих договір зумовлена в першу чергу потребами практики, адже закон не може містити вичерпного переліку договорів, необхідність в укладенні яких диктується стрімким розвитком цивільного обороту.

Разом з тим, хоча такі договори й можуть укладатися суб'єктами конкретних правовідносин, але тільки за умови дотримання загальних засад цивільного законодавства, визначених ст. 3 ЦК України, загальними положеннями про правочини, про зобов'язання, про договори, визначеним ЦК України та іншими актами цивільного законодавства. Наприклад, укладаючи договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, він не може суперечити загальним вимогам, додержання яких є необхідним для чинності правочину (ст. 203 ЦК України). Так, непоіменований договір, який укладено без наміру створення правових наслідків є фіктивним та визнається судом недійсним (ст. 234 ЦК України), оскільки є прямим порушенням ч. 5 ст. 203 ЦК України, відповідно до якої правочин має бути спрямований на реальне настання правових наслідків, що обумовлені. Аналогічні приклади можна наводити й з приводу дотримання форми правочину, визначення обсягу цивільної дієздатності особи, яка вчиняє правочин, відповідності волевиявлення особи її внутрішній волі тощо. Крім того, при укладенні непоіменованого договору необхідно дотримуватися й звичай ділового обороту.

Щодо ч. 2 і абз. 1 ч. 3 ст. 6 ЦК України, то згідно зазначених положень сторони мають право врегулювати у договорі, який передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, які не врегульовані цими актами, а також відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. У даному нормативному положенні йдеться про поіменовані договори, що визначені нормами права, згідно яких договори поділені на типи, види, підвиди. Крім того, зазначені норми вказують на можливість укладення змішаного договору, у якому містяться елементи різних договорів. До відносин сторін у змішаному договорі

застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо інше встановлено договором або не впливає із суті змішаного договору (ч. 2 ст. 628 ЦК України). Отже, як при укладенні поименованих договорів, так й при укладенні змішаних договорів сторони мають право: 1) врегульовувати свої відносини відповідно до актів цивільного законодавства; 2) врегульовувати відносини, якщо вони не врегульовані актами цивільного законодавства; 3) відступати від положень актів цивільного законодавства і врегульовувати свої відносини на власний розсуд.

Зазначені правові можливості, як зазначає О. Д. Крупчан, є однією з новел ЦК України, що закріплює законодавчу інтерпретацію принципу диспозитивності у договірній сфері, надаючи сторонам можливість встановлювати таку регламентацію відносин, яка буде найефективніше відображати їх інтереси, не порушуючи суспільний порядок та інтереси третіх осіб<sup>218</sup>.

Водночас, у абз. 2 ч. 3 ст. 6 ЦК України закріплено норми іншого змісту, спрямовані на імперативне правове регулювання цивільного правовідношення. Зазначено, що сторони в договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо: 1) в цих актах прямо вказано про це; 2) у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами. Як правильно зазначають М. І. Брагінський і В. В. Вітрианський, укладаючи договір, сторони повинні погоджувати його умови, що визначають права та обов'язки контрагентів. Проте поряд із цим внаслідок укладеного ними договору вони виявляються пов'язаними й такими правами та обов'язками, які

<sup>218</sup> Крупчан О. Д. Сучасний стан та перспективи розвитку приватноправової сфери в Україні / О. Д. Крупчан // Приватне право і підприємництво. Збірник наукових праць. Вип. 11, 2012 р. / Редкол.: Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. – К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва НАПрН України, 2012. – С. 5 – 16. – С. 6.

передбачені нормами загальної частини ЦК, загальної частини зобов'язального права та глав ЦК, присвячених відповідному договорі<sup>219</sup>. Адже закон не підходить абсолютно до свободи договору і певним чином обмежує її щодо необхідності включення у договір умов, які обов'язково мають бути включені у договір відповідно до актів цивільного законодавства<sup>220</sup>. Для прикладу, у ч. 1 ст. 638 ЦК України встановлено, що договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди. Положення зазначеної статті є імперативними приписами закону, що зумовлюють обов'язковість їх дотримання сторонами при укладенні договору. З даного приводу Є. О. Мічурін зазначає, що необхідність врахування закону при складанні договору пояснюється низкою причин. По-перше, закон усуває недоліки договору, коли в ньому не зазначено ті або інші аспекти. По-друге, закон встановлює, що в договорі мають бути зазначені зобов'язання сторін, що визначають їх подальші права, а також обов'язки з виконання договору, наслідки невиконання або неналежного виконання сторонами своїх обов'язків. По-третє, можливим є зазначення в договорі найважливіших норм закону, що позитивно впливає на формування волі сторін при укладенні такого договору. По-четверте, закон дає сторонам можливість самим врегулювати свої відносини і сприяє виконанню досягнутих ними домовленостей<sup>221</sup>.

<sup>219</sup> Контракти в підприємницькій діяльності: навч. посіб. – 2-е вид., перероб. і допов. / В. В. Луць. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 576 с. – С. 36.

<sup>220</sup> Мічурін Є. О. Техніка складання договорів. Науково-практичний посібник. Серія «Практика і закон» / Є. О. Мічурін. – Харків: «ЮрСвіт», 2006. – 536 с. – С. 14 – 26.

<sup>221</sup> Там само.

Таким чином, аналіз положень про співвідношення актів цивільного законодавства і договору дає підстави зробити висновок, що нормативні положення чинного законодавства чітко прописують базові засади правового регулювання приватноправових відносин, які визначають місце договору в механізмі цивільно-правового регулювання. При цьому закріплено ряд норм, що виключають диспозитивність у виборі правил поведінки сторін договірної зобов'язання та імперативно визначають загальні нормативні приписи для введення суспільних відносин у правову площину. Про вищезазначене свідчить й аналіз нормативних положень, що закріплюють межі принципу свободи договору та окреслюють його обмеження з метою забезпечення адекватного механізму внутрішнього (диспозитивного) та зовнішнього (імперативного) правового регулювання приватноправових відносин.

Завершуючи характеристику договору в механізмі регулювання цивільних правовідносин, доцільно процитувати вислів: «*Conventio facit Legem* – договір створює право»<sup>222</sup>. Варто відзначити, що в європейській практиці саме таке ставлення до договору є традиційним. Зокрема, слід наголосити, що принцип безумовної сили договору є одним із базових принципів Французького ЦК 1807 року. Цей принцип закріплений у ст. 1134 ФЦК, відповідно до якої угоди, що укладені на законних підставах, мають силу закону для тих, хто їх уклав. Вони можуть бути відмінені лише за взаємною згодою сторін або на підставах, встановлених законом<sup>223</sup>.

Аналіз основних засад чинного цивільного законодавства України безумовно надає підстави розглядати договір як засіб правового регулювання суспільних відносин. Адже саме сторони договору визначають вступати чи не вступати у договірні відносини, приймають рішення про можливість врегулювання суспільних відносин імперативними нормами права, відштовхуватися від диспозитивних норм права чи врегульовувати ці відносини на власний розсуд, не порушуючи базових принципів цивільного законодавства. Зазначене дає підстави сприймати договір як індивідуальний регулятор цивільних відносин, що надає обов'язковості правилам належної поведінки, визначених конкретними сторонами, визначає наслідки невиконання або неналежного виконання конкретного договірної зобов'язання. При цьому роль договору полягає у мінімізації державного (імперативного) впливу на конкретні приватноправові відносини без порушення норм права, викладених в існуючих джерелах права, що сприяє розвитку цивільного обороту в цілому.

<sup>222</sup> Яворська О. С. Договірне право як регулятор цивільних відносин / О. С. Яворська // Соц.-ек. проблеми сучас. періоду України. – 2008. – Вип. 6(74). – С. 148 – 158. – С. 156.

<sup>223</sup> Михальнюк О. В. Договір як регулятор сімейних відносин / О. В. Михальнюк // Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвеевські цивілістичні читання). Матеріали міжнародної науково-практичної конференції: у двох томах, Київ, 19 жовтня 2012 року. – К.: ТОВ «Білоцерківдрук», 2013. – С. 411 – 415. – С. 411.

## РОЗДІЛ 3. ПРОБЛЕМИ СИСТЕМАТИЗАЦІЇ ДОГОВОРІВ У СУЧАСНОМУ ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

### 3.1. Доктринальні питання систематизації договорів

Договір є насправді ключовою правовою формою ринкової економіки. Він є інструментом демократичності економіки, адже за своєю природою він передбачає незалежність, самостійність сторін, визнання цінності особи у майновій сфері. Надзвичайно важлива, але не єдина вимога економіки – функціонувати на підставі договору<sup>224</sup>. Систематизація сучасного договірного права вимагає найвищого рівня узагальнення. Але це вимога часу. В українській цивілістиці захищені десятки дисертацій, що присвячені загальним положенням про договори та окремим договірним видам. Великий інтерес викликають питання систематизації договорів, адже наукові висновки з цих питань дадуть змогу імплементації результатів у законодавство та практику.

Питання систематизації договорів пов'язані із необхідністю визначення критеріїв для поділу договірних видів на певні класифікаційні групи. Обрання правильного критерію поділу дає змогу правильно кваліфікувати відносини за договором та обрати законодавче регулювання. Більше того, такий підхід створює економію «нормативного матеріалу», оскільки за необхідності імплементації у кодифікаційні джерела, законодавці вписують тільки спеціальні норми.

<sup>224</sup> Диденко А. Г. Категория договора, её место и значение в постсоветском праве / А. Г. Диденко // Теория гражданского права: вызовы времени Приложение к выпускам «Гражданское законодательство. Статьи, комментарии, практика». - Алматы, 2013. – с.68.

У правовій доктрині існує певний правовий дуалізм щодо систематизації зобов'язань та договорів. Українська цивілістика, що залишається на позиціях визнання договору як юридичного факту, який є підставою для виникнення групи договірних зобов'язань, другу групу цього дитохомного поділу називає позадоговірні зобов'язання. Іншими словами – це ті зобов'язання, що виникають із будь-яких інших, ніж договір юридичних фактів, у тому числі неправомірних (деліктні зобов'язання). Саме такий доктринальний підхід створює проблему систематизації як договірних зобов'язань, так і зобов'язань загалом. У результаті складається ситуація, що зобов'язання загалом в частині тих, що виникають з договору і договірні зобов'язання систематизуються по-різному. Видається, що така позиція є хибною, оскільки саме вона призводить до наукових дискусій та колізій в регулюванні. Отже, слід вживати термін «договірні зобов'язання».

Якщо звернутися до визнаних науковцями класифікацій зобов'язань, то слід в першу чергу розглянути класифікацію, запропоновану М. В. Гордоном, який об'єднав для їх поділу як економічні, так і юридичні критерії. Побудована за комбінованим критерієм вона виглядає наступним чином:

- 1) зобов'язання з передачі майна (купівля-продаж, поставка, контракція, міна, довічне утримання);
- 2) зобов'язання з передачі майна у користування (майновий найм, найм жилого приміщення);
- 3) зобов'язання з безоплатної передачі майна у власність або у користування (дарування, позичка);
- 4) зобов'язання з виконання робіт (підряд, підряд на капітальне будівництво);
- 5) зобов'язання з надання послуг (доручення, комісія, схов, експедиція);
- 6) зобов'язання з перевезень (залізничних, морських, річкових, повітряних, автомобільним, морським та річковим буксируванням);
- 7) зобов'язання з кредитних розрахунків (позика, банківське кредитування, розрахунковий та поточний рахунки, розрахункові правовідносини, чек, вексель);

8) зобов'язання зі страхування (майнове та особисте страхування);

9) зобов'язання за спільною діяльністю (спільна діяльність громадян, спільна діяльність організацій);

10) зобов'язання, що виникають з односторонніх правомірних дій (публічна обіцянка винагороди, ведення чужих справ без доручення);

11) охоронні зобов'язання (зобов'язання, що викають внаслідок заподіяння шкоди, рятування майна, безпідставного придбання або збереження майна).

Не заглиблюючись у критерії виділення окремих груп зобов'язань до приналежності до того чи іншого певного договірної виду, слід однозначно окреслити, що договірні зобов'язання завершуються групою зобов'язань за спільною діяльністю. Всі зазначені нижче виникають на підставі інших юридичних фактів (окрім договору) і належать до групи позадоговірних. Отже, цілком логічним є висновок про те, що вищенаведена класифікація зобов'язань вважається класифікацією договорів (договірних зобов'язань). Прихильники такої класифікації звертали увагу на чіткість її побудови за критерієм мети та специфічні ознаки, притаманні кожній групі.

Для уникнення дуалізму у питаннях теорії класифікацій цивільно-правових зобов'язань, що виникають з договорів та зобов'язань загалом, слід виходити із того, що зобов'язання у цивілістиці слід поділяти залежно від підстави виникнення, так як договори, зазвичай, класифікують залежно від правового результату. Це саме та ситуація, коли підміна понять «класифікація цивільно-правових зобов'язань» та «класифікація договорів» не повинні змішуватися. Цілком логічно слід дотримуватися єдиних критеріїв: для класифікації зобов'язань – в першу чергу підстави виникнення, а для зобов'язань з договору – відшукувати інші критерії. За таким підходом, слід відмовитися від класифікації зобов'язань у цивільному праві загалом і класифікації договірних зобов'язань як окремих правосистем або ж слід погодитися на те, що це одне і те ж.

Отже, при розгляді питання кваліфікації зобов'язань слід виходити з того, що систематизація цивільно-правових договорів – це систематизація зобов'язань з договорів.

Бурхливий розвиток договірної права викликає необхідність наукового реагування. Зазвичай прийнята класифікація договорів «тріщить по швах», і виникає потреба ще і ще повертатися до цієї наукової проблеми. Постає завдання не тільки змінювати систему договорів, але і при цьому забезпечити їй належне теоретичне обґрунтування. Це дає підґрунтя для кваліфікації будь-яких відносин, що впливають з договорів та стрункої системи правового регулювання.

Системний метод наукового аналізу полягає у відмежуванні множинності взаємодіючих елементів. Система цивільно-правових договорів – це множинність договірних видів, які потребують групування на підставі різноманітних критеріїв, а системний підхід, як зазначає В. Г. Олюха, дозволяє при вивченні договору встановлювати ознаки, які об'єднують договірні відносини в єдине ціле і, разом з тим, в окреслених рамках відрізнити одні правовідносини від інших<sup>225</sup>.

Професор В. В. Луць за правовою метою виділяє такі групи договорів: про передачу майна у власність (повне господарське відання, оперативне управління); (купівля-продаж, поставка, контрактація, позика, міна, дарування, постачання енергетичними ресурсами); про передачу майна в тимчасове користування (майновий найм, оренда, побутовий підряд, безоплатне користування майном, лізинг); про виконання робіт (побутовий підряд, підряд на капітальне будівництво, на виконання проєктних та конструкторських робіт, на виконання аудиторських робіт); про передачу результатів творчої діяльності (авторські, ліцензійні договори, договори про передачу науково-технічної продукції); про надання послуг (перевезення, страхування, доручення, комісії, схов, про посередницькі послуги, довічне утримання, кредитний договір);

<sup>225</sup> Олюха В. Г. Цивільно-правовий договір: поняття, функції та система: дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 / Олюха Віталій Георгійович. – К., 2003. – с.95.



про спільну діяльність (установчий договір, договір простого товариства)<sup>226</sup>.

В першу чергу слід виділити основні (інституційні) договірні види та додаткові. Основні (інституційні) договірні види складають предмет систематизації, а додаткові – спрямовані на зміну чи припинення зобов'язань. До таких належать: договори на уступку вимоги, договори на зміну сторони зобов'язання. Окремі договори спрямовані на забезпечення виконання зобов'язань: застава, гарантія, завдаток. Виокремленню підлягають і групи інтегрованих договорів. Серед них такі як споживчі договори, підприємницькі договори, зовнішньоекономічні договори, інвестиційні договори, господарські договори. Спеціальні договірні конструкції, оскільки в повному розумінні договірними видами вони не виступають. Особливі договірні види – попередній договір, публічний договір, договір приєднання, договір на користь третьої особи, непоіменовані, змішані договори, фидуціарні договори, алеаторні (ризикові) договори. Причиною появи непоіменованих договорів є стрімкий розвиток договірної практики. Дитохомні класифікації оплатний і безоплатний, реальний і консенсуальний, двосторонній і багатосторонній, речові і зобов'язальні.

Наступним питанням у структуруванні договорів є можливість взаємного розташування типів договорів.

Інституційна класифікація передбачає розташування договорів по горизонталі. Такий науковий прийом спроектований і на законодавчому рівні. Разом з тим, такий підхід не передбачає пандектного підпорядкування у розташуванні договірних груп і, відповідно, - у застосуванні правових норм. Принцип побудови системи швидше звичайний, ніж взаємопов'язаний.

<sup>226</sup> Луць В. В. Контракти в підприємницькій діяльності: навч. посіб [Текст] / В. В. Луць. – 2-е вид., перероб. і доп. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – с.56.

Так традиційно склалося, що за групою договорів про передачу майна розташовані договори про користування майном і т. д.

За принципом горизонтального розташування розміщені не тільки договірні групи (типи) договорів, але і система договірних видів всередині групи. Так, договори з передачі майна у власність містять договори купівлі-продажу, поставки, міни. Кожен із цих видів може виступати базовою договірною конструкцією до окремих видів. Наприклад, договір купівлі-продажу – базова договірна конструкція, а похідними є договір роздрібною купівлі-продажу, гуртового продажу. Окремі види договорів групуються за істотними ознаками (вищенаведений приклад: за ознакою кількості товару). За способом укладення – шляхом проведення конкурсу, аукціону, публічних торгів. За предметом договору – виокремлюють договір купівлі-продажу нерухомого майна, транспортних засобів тощо. Похідні договірні конструкції кожного типу можна класифікувати за критеріями дитохомних класифікацій та інтегрованих класифікацій. Зокрема, договір роздрібною купівлі-продажу слід віднести до споживчих договорів, договорів приєднання, публічних договорів, договорів оплатних, речових договорів і т. д.

Легальні договірні групи (типи) та види договорів виступають основою для подальшого вдосконалення правового регулювання і є основою для наукових досліджень.

Проте при глибокому науковому аналізі можна помітити, що водорозділом для відокремлення договірних типів інституційної класифікації є категорія об'єкта цивільних прав, яка у безпосередньому договорі трансформується у категорію предмета договору. І тут слід ще раз повернутися до поняття предмету договору (хоча щодо цієї категорії висловлювався чи не кожен цивіліст). Паралельно із цією категорією співіснує категорія об'єкта зобов'язання, щодо якої висловлюються суперечливо: починаючи від визнання цих понять тотожними до кардинально протилежних думок. Проте переважна більшість науковців погоджуються з характеристикою правовідношення через елементи суб'єкт, об'єкт і зміст, а характеристику

договору здійснювати за категоріями сторін, предмету та умов. При цьому слід застерегти читача від хибної думки, що ці категорії є різними і їх не слід співставляти або поєднувати. Або ж вони співпадають. Предметом договору є благо, отримання якого прагне сторона, вступаючи у правовідношення. У філософії благами визнаються будь-які речі, явища, що приносять користь. Разом з цим, категорія «благо» є скоріше соціально-економічною, ніж правовою. Тому не зовсім коректно визнавати благо предметом договору. Благами як соціальною категорією можуть виступати предмети матеріального та нематеріального світу. І у такій якості, якщо глибше проаналізувати блага є об'єктами цивільних прав, так як вони закріплені у ст. 177 ЦК і відповідно до якої об'єктами цивільних прав є речі, у тому числі гроші, цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної діяльності, інформація а також інші матеріальні і нематеріальні блага. Законодавець не дає вичерпного переліку об'єктів цивільних прав. І це правильно, оскільки економічний розвиток привносить в оборот усе нові, раніше невідомі людству блага. І ще одне: у даній статті йдеться про економічні блага як об'єкти цивільних прав і нічого не сказано про обов'язки. Навряд чи хтось може мати за благо юридичний обов'язок. З огляду на це, не слід ототожнювати поняття цивільних прав і об'єктів цивільних правовідносин, оскільки це категорії з різних систем наукового аналізу, тому і різняться за тлумаченням. Об'єктом суспільного правовідношення буде таке явище суспільного життя, на яке право має вплив, а саме, на поведінку людей, яка в рамках договірної правовідносини має спрямування на правовий результат.

Під структурою системи договорів слід розуміти їх поділ на групи, типи та види. Групи зобов'язань володіють найвищою мірою спільності, зумовлюють найбільш істотні відмінності у їх правовому регулюванні. З врахуванням сказаного, вбачається за можливе виділення таких груп договорів: ті, що опосередковують економічні відносини з передачі майна (або речові договори), ті, що опосередковують зобов'язання, які виникають щодо нематеріальних цінностей і ті, що

опосередковують зобов'язання з послуг (у самому широкому розумінні цієї категорії). Відмінності між групами зумовлені в першу чергу відмінностями між об'єктами економічних відносин: речах, нематеріальних цінностях та послугах.

Групи договірних зобов'язань поділяються на типи. Тип – це певна сукупність договірних зобов'язань, яка охоплює однорідну групу суспільних відносин і виражає істотні межі відповідних економічних відносин. З цього слідує, що в основі такого поділу лежить в першу чергу економічний критерій, а не правовий. Якщо в основу покласти правовий критерій, то договірні зобов'язання слід систематизувати за об'єктами цивільних прав на досягнення яких вони спрямовані, а саме на отримання речей у власність, користування речами, на отримання грошових коштів (цінних паперів як засобу платежу), на отримання послуг, результатів робіт, майнових прав, об'єктів інтелектуальної власності. Такі групи договірних зобов'язань прийнято називати типами зобов'язань. Індивідуалізований об'єкт цивільних прав у договорі виступає предметом договору. Тому слід не погодитися із думкою Ю.В. Романиця, який вважав, що предметом договору можуть бути тільки речі матеріального світу<sup>227</sup>.

На перший погляд, договірні типи не є взаємозв'язаними один з одним, що дає можливість законодавцю розміщати довільно їх регулювання у кодифікованому акті. Проте при глибшому аналізі деякі пропозиції щодо розміщення регулювання варто було зробити.

Типи договорів у свою чергу поділяються види. Види договорів це окремі глави розділу третього. Зокрема: купівля-продаж, дарування, рента, довічне утримання (догляд), найм (оренда) і т. д. Підстава для групування за видами договорів – це наявність сукупності сутнісних невід'ємних ознак. Саме вони дають можливість кваліфікувати договір і визначити його приналежність до певних договірних груп.

<sup>227</sup> Романиця Ю. В. Система договоров в гражданском праве России / Ю. В. Романиця. – М. : Юрист, 2004. – 715 с.

На думку Ю.В. Романця, основним системним фактором, який покладений в основу класифікації договорів є направленість зобов'язання на досягнення певного результату<sup>228</sup>. Усі інші групи договорів групуються із залученням додаткових кваліфікуючих ознак. Такі додаткові підстави дозволяють виділити підвиди договорів. Зокрема, єдиним видом договірних зобов'язань зі створення речей є підрядні договори, а підвидами цих договорів є договір підряду, побутовий підряд, виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських та технологічних робіт. Або ж найм як договірний вид, де окремими видами виступають: договір найму договору оренди, договір найму земельної ділянки, договір найму (оренди) транспортного засобу, договір найму будівлі або іншої капітальної споруди. Для виокремлення підвидів договорів слід залучати додаткові критерії. Такими, зокрема, може виступати: приналежність до певної групи речей, як - нерухоме майно, земельна ділянка; гроші як особливий об'єкт цивільних прав; критерій оплатності, як-от безоплатна передача майна у власність - дарування, або платна передача майна - купівля-продаж.

Особливе місце у сучасній договірній системі слід відвести договорам про надання послуг. Ця група договорів знаходиться на шляху становлення та потребує наукової класифікації. Визначення вперше на рівні кодифікованого акту загальних положень про договори з надання послуг уже на сьогодні є недостатнім, щоб сприймати нормативне регулювання цієї групи договорів як належне.

Неможливо було б, претендуючи на стрункність системи договорів, не згадати детальніше про змішаний договір або комплексний договір.

Якщо договір опосередковує кілька однорідних відносин та об'єднує умови об'єктивно необхідні для утворення договірного

зобов'язання різних типів, він стає змішаним договором<sup>229</sup>. Така конструкція має значне правове навантаження і особливе це відчутно у період бурхливого розвитку договірної права, коли учасники відносин користаються принципом свободи договору і зміст договору містить елементи різних типів договорів. До того як договір займе належне місце у договірній системі, він довгий час повинен «довести» сталість відносин економічного обороту, які він опосередковує. Змішаний договір є надзвичайно прогресивним явищем, але достатньо складний у кваліфікації, оскільки слід чітко знати особливості різних типів договорів для правильного вибору норми закону, який буде застосовуватися до того чи іншого пункту договору. Як правило, змішаний договір містить основне (генеральне) зобов'язання і додаткові зобов'язання, які є кваліфікуючими для інших договірних видів. Ці зобов'язання, які є нетиповими для першопочаткового зобов'язання, стають елементами договору, що укладається і є визначальними для визнання їх змішаними. До відносин сторін у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо інше не встановлено у договорі або не впливає із суті змішаного договору (ст. 628 ЦК України).

Будь-який договір, що називають змішаним, є явищем тимчасовим, оскільки сталість економічних відносин, які він опосередковує та ступінь його затребуваності призведе до його легалізації у нормах права.

Проголошуючи свободу договору, законодавець розумів, що охопити нормативним регулюванням усі види договорів неможливо. Тому на практиці не є виключенням ситуації, коли укладений договір не передбачений не тільки у цивільному кодексі, але у нормах спеціального законодавства. Такі договори називаються непоіменованими. Наприклад, договір маркетингу.

Як і змішаний, непоіменований договір також виступає правовим інструментарієм зародження та становлення

<sup>228</sup> Романец Ю. В. Система договоров в гражданском праве России / Ю. В. Романец. – М. : Юрист, 2004. – с.49.

<sup>229</sup> Иоффе О. С. Обязательственное право [Текст] / О. С. Иоффе. – М.: Госюриздат, 1975. – с.37-38.

договірних конструкцій, які з часом будуть названі у законі. Просто змішаність та непоіменованість - це різні критерії одного і того ж правового явища. В подальшому видається продуктивною у цьому напрямку робота щодо узагальнення умов цих договорів і їх співставлення.

Організаційні правовідносини в цивільному праві з часів радянського права традиційно пов'язують з категорією так званих організаційних договорів. Зокрема, поряд із «чисто» цивільно-правовими виділяють договори, які певною мірою застосовуються за межами цивільного права і містять набір прав та обов'язків, які в сукупності становлять породжене правочином правовідношення комплексного характеру. У цьому зв'язку привертає увагу сформульована в цивілістичній науці радянського періоду позиція щодо договорів комплексного характеру як поєднання організаційних та майнових відносин. Прихильники такого підходу (зокрема, А.О.Собчак) комплексними договорами визнають договори, які породжують два або більше різних зобов'язання, що мають єдину господарську мету і групуються навколо одного з них, який є основним. На думку окремих авторів, комплексність цих договорів слід пов'язувати з поєднанням в них організаційних і майнових відносин, оскільки саме необхідність координації цих зобов'язань, їх пристосування до досягнення єдиної господарської мети викликає до життя організаційні відносини. Поєднання організаційних та майнових відносин зазначений автор вважав вирізняльною рисою комплексного договору, що зумовлює багатогалузевий характер регулювання зазначених відносин. З цієї позиції до комплексних договорів слід віднести договір підряду на капітальне будівництво, в межах якого окрім зобов'язання з виконання підрядних робіт виникає низка суміжних зобов'язань (з надання замовником різних послуг підряднику, пов'язаних з орендою будівель, зберіганням будівельних матеріалів і конструкцій, наданням транспорту для перевезення працівників тощо).

Зазначене вище розуміння сутності комплексного договору, як і приклад такого договору (на капітальне будівництво) видається недостатньо вдалим. Зазначений договір не створює

різногалузевих елементів, окрім цивільно-правових. Пов'язані з цим договором організаційні відносини охоплюються цивільно-правовими зобов'язаннями з надання послуг (охорона, зберігання тощо) і не підпадають під сферу регулювання власне адміністративно-правових відносин, пов'язаних з організацією процесу капітального будівництва (надання ліцензій, інших дозволів на ведення такої діяльності або володіння земельною ділянкою під будівництво об'єкта тощо).

Разом з тим, заслуговує на увагу аналіз міжгалузевого і міжвидового характеру комплексного договору. Міжгалузевий характер виявляється в необхідності поєднання адміністративно-правового і цивільно-правового регулювання виникаючих відносин, міжвидовий - в одночасному виникненні комплексу зобов'язань які потребують застосування законодавства про відповідні види зобов'язань<sup>230</sup>.

Із закріпленням у Цивільному кодексі основних приватноправових принципів регулювання договірних зобов'язань навряд чи ми вправі ключовим елементом комплексного договору визнавати необхідність регулювання його положень адміністративно-правовими методами. Якщо на сьогодні і залишати категорію комплексних договорів, то це договори міжгалузеві, оскільки вони регулюють особливу групу суспільних відносин, але одночасно є за своєю суттю цивільно-правовими. А коли йдеться про договір, який включає в себе декілька самостійних зобов'язань (наприклад, постачання обладнання і його подальший монтаж, або купівля у клієнта цінних паперів з покладенням на нього обов'язку у подальшому їх викупити (договір репо), то це ніщо інше як змішаний договір.

Існування в системі цивільно-правових зобов'язань зобов'язань із надання послуг зумовлене наявністю в суспільстві економічних відносин нематеріального характеру, з приводу

<sup>230</sup> Майданик Р.А. Організаційні відносини та організаційні/комплексні договори / Р. А. Майданик // Електронний ресурс. – Режим доступу: <http://westudents.com.ua/glavy/72021-organizatsyn-vdnosini-ta-organizatsyn-kompleksn-dogovori.html>

яких виникають товарно-грошові відносини. Особливістю сучасного цивільного права є включення в число об'єктів цивільних прав дій (операцій, діяльності), які значно відсунули такий об'єкт прав як річ. Іншими словами, дії в існуючому приватному праві набули самостійного вартісного значення поруч із діями, що мають функціональне значення (дії щодо передачі майна). Тому договірні зобов'язання з надання послуг займають суттєву частину в системі зобов'язального права і створили одну із найважливіших груп договірних зобов'язань. Процес збільшення договірних видів з надання послуг, в тому числі закріплених у Цивільному кодексі, буде продовжуватися. Це, в першу чергу, пов'язується і розвитком економічних відносин у постіндустріальному суспільстві.

Вперше у ЦК 2003 року була закріплена глава «Послуги. Загальні положення». За нею слідом окремою главою закріплений договір перевезення, зберігання, страхування, низка посередницьких договорів. Виділення такої глави аж ніяким чином не засвідчує наявності окремого, як виду, договору про надання послуг. Це є свідченням раціонального розташування «правничого матеріалу», коли загальні положення можуть застосовуватися до усіх видів договорів, у яких об'єктом цивільних прав є послуга.

У рамках цього типу зобов'язань за критерієм спрямування діяльності послугонадавача на досягнення того чи іншого результату, розрізняють такі види: зобов'язання, що опосередковують просторове переміщення речей (перевезення, пересилка); послуги у кредитно-фінансовій сфері; послуги зі зберігання (охорони); посередницькі послуги; страхові послуги; інтелектуальні послуги; медичні послуги тощо. Кожна із зазначених груп за обсягом договірного ряду претендує на договірний тип. Наприклад, коли розглянути групу медичних послуг, то це договори із трансплантації, договори у сфері репродуктивної функції тощо. Договірний ряд послуг чи не найскладніший у своїй систематизації. Якщо кваліфікацію договору як такого, що належить до послуг, ми проводимо за критерієм предмета договору, то подальше групування договірних конструкцій вимагає додаткових підстав. Серед

таких слід виділити об'єкт прикладення дії (зусиль) послугонадавачем. Такими можуть виступати матеріальні та нематеріальні об'єкти. До матеріальних послуг слід відносити послуги зберігання, кредитно-фінансові, транспортні, комунальні, готельно-ресторанні. До послуг нематеріального характеру належать послуги медичні, інтелектуальні, туристичні, посередницькі, послуги зв'язку тощо. Кожна із зазначених груп містить низку підвидів договорів. Зокрема: транспортні договори за критерієм засобу переміщення поділяються на перевезення повітряним, водним, залізничним та автомобільним транспортом, за критерієм матеріального об'єкту – на перевезення пасажирів та вантажу.

Не зайвим буде застереження про недопущення підміни поняття послуги як правової категорії її економічним терміном. В основі групування договірних зобов'язань з надання послуг покладене розуміння послуги як правової категорії, а не економічної. З огляду на це, фінансові послуги як послуги фінансового посередника або послуги кредитування, які надають банки, страхові, інвестиційні, лізингові, брокерські компанії (розуміння фінансової послуги відповідно до ЗУ «Про фінансові послуги та державне регулювання ринку фінансових послуг», авт.) не відображають однотипного правового явища. Діяльність брокерської компанії на ринку цінних паперів буде здійснюватись із використанням різновидів посередницьких договорів і ніяким чином не буде належати до групи кредитно-фінансових послуг, де кваліфікуючою є спрямованість на отримання в користування кредитних ресурсів (платіжних засобів) і т. д.

Система договірних зобов'язань з надання послуг не носить замкнутого чи вичерпного характеру. Нею охоплюються як відомі, так і невідомі різновиди відносин з надання послуг. Тому для регулювання договірних відносин у цій сфері слід пам'ятати про субординаційну залежність видів стосовно типу зобов'язання з надання послуг та принцип співвідношення загальних та спеціальних норм.

Особливе місце серед договірних груп займає договір страхування. Значна частина вчених вважають його за окремим видом

договорів з надання послуг, який має свої особливості<sup>231</sup>. Інші – окремим видом договорів<sup>232</sup>. Для вирішення цієї дискусії варто звернутися до визначення договору про надання послуг (ст. 901 ЦК України). Предметом договору про надання послуг є вчинення послугонадавачем дії або вчинення певної діяльності. Навіть побіжний аналіз цього положення через призму обов'язків страховика свідчить про інший предмет діяльності за договором страхування, аніж дії. Аналіз прав та обов'язків свідчить, що предметом договору є ймовірність настання ризику завдання збитків майновій сфері страхувальника. За договором страхування діяльності не здійснюється. Компенсація майнових втрат відбувається тільки у разі настання страхового випадку. Це є підставою стверджувати, що договір страхування є самостійним договірним видом, який також має свої підвиди: страхування майнової відповідальності, страхування шкоди завданої третім особам, страхування життя, здоров'я тощо.

Слід спрогнозувати, що надалі система договорів буде приростати не тільки новими видами, регулювання яких буде закріплюватися у нормативних актах і з часом переміщуватися із спеціальних актів у кодифіковані. Але ми можемо констатувати і таке явище, коли певні підвиди договорів, регулюючи стійку групу економічних відносин, заслуговують на кваліфікацію їх як типів договорів. В першу чергу сюди слід віднести договори перевезення. Законодавець для цієї групи договорів сам визначає кваліфікаційний ряд. У статті 908 ЦК України зазначено, що перевезення вантажу, пасажирів, багажу, пошти здійснюється за договором перевезення. Окрім цього, невід'ємною ознакою для цих договірних зобов'язань є необхідність узгодження засобу перевезення. За такої ситуації більш правильною назвою цієї групи буде назва «транспортні договори». Можна припустити, що у перспективі такий шлях

<sup>231</sup> Федорченко Н. В. Договірні зобов'язання з надання послуг: проблеми теорії і практики / Н. В. Федорченко. - Київ : Юрінком Інтер. - 2015. - с.9.

<sup>232</sup> Иоффе О. С. Развитие цивилистической мысли в СССР // О. С. Иоффе. - Л.: Издательство Ленинградского университета, 1978. Ч. 2. - с.24-25.

«пройдуть» договори про надання медичних послуг, які об'єднують усі відносини, що пов'язані із охороною та збереженням здоров'я людини та її репродуктивною функцією (хибною є думка про те, що кваліфікувати ці послуги слід за суб'єктною ознакою. Медична установа надає різні послуги, а не тільки медичні, і це ще раз свідчить на користь вказаного кваліфікаційного критерію для інституційного групування договірних зобов'язань).

Недалекий історичний екскурс до договірного ряду вітчизняної цивілістики може засвідчувати і протилежне до вищезазначеного явище. Так, договір поставки, на сьогодні, залишається майже незатребуваним і серед численних правових норм, що регулюють передачу майна у власність зберігає за собою тільки одну статтю у Цивільному кодексі. У минуле відходить і широке використання конструкції договору міни.

Збільшується у своїй кількості ряд договорів про спільну діяльність. У Цивільному кодексі 2003 року вперше був закріплений договір простого товариства, зовсім новим для цивілістики є корпоративний договір, який спрямований на спільну мету.

Не викликає заперечень серед українських цивілістів і визнання самостійної групи договорів на розпорядження об'єктами інтелектуальної власності, до якої відноситься договір комерційної концесії. Хоча йому на рівні із договірними типами, законодавець виділив окрему главу Цивільного кодексу, але це слід розцінювати швидше як законодавчий прийом і не більше. Така кількість зайнятого «правничого матеріалу» підкреслює складність суспільних відносин, які виникають на підставі використання такої договірної конструкції, а не констатує факт визнання окремого типу зобов'язань. Це торкається договору на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт, довічного утримання, тощо.

Відомий російський цивіліст проф. В. В. Вітрянський вважає, що є потреба виділити окремо таку договірну конструкцію як абонентський договір або договір з виконанням за вимогою. Особливістю договору є те, що абонент вносить

періодичні платежі чи інше надання з правом вимоги в будь-який час вимагати від контрагента виконання у затребуваному обсязі. Необхідним є закріплення норми регулювання абонентського договору щодо обов'язку внесення платежів за договором який не залежить від наявності вимоги щодо виконання зобов'язання від контрагента<sup>233</sup>.

Загалом слід зазначити, що місцезоташування договорів у певній системі не свідчить про їх співзалежність чи підпорядкованість. Проте, як ланки однієї системи, вони пов'язані загальними положеннями про зобов'язання та договори, і можливістю застосовувати спеціальні норми.

Подальший розвиток договірної права та практики буде продукувати нові види та типи договорів, які будуть вимагати нових підходів до їх систематизації і свого обґрунтованого розташування у законодавчому матеріалі.

<sup>233</sup> Витрянский В. В. Общие положения о договоре в условиях реформирования российского гражданского законодательства [Текст] / В. В. Витрянский // Кодификация российского частного права. - М. : Статут, 2015. - С. 80.

## 3.2. Типи договорів та їх цивільно-правова характеристика

### 3.2.1. Публічний договір

Право забезпечує необхідний юридичний механізм регулювання тих договірних відносин, які з'являються в суспільстві в зв'язку з постійним економічним розвитком.

У ЦК України, на відміну від ЦК УРСР, закріплені нові види договорів: публічний договір, договір приєднання, попередній договір.

З урахуванням значення договору для задоволення приватних або публічних інтересів розрізняють публічні договори та приватноправові. Правила про публічний договір мають особливе значення. Пояснюється це, насамперед, масовою поширеністю регульованих ними відносин. Практичне значення виділення публічних договорів полягає в тому, що до публічних договорів застосовуються правила, відмінні від загальних норм договірної права.

Особливої уваги заслуговують проблеми, що стосуються розуміння правової природи публічного договору, його значення в сучасному цивільному праві, виявлення його ознак.

З укладенням публічного договору ми зустрічаємось мало не кожен день: це роздрібна купівля-продаж (купівля товарів у магазинах, на ринках і т.д.), перевезення транспортом загального користування (тобто поїздка в громадському транспорті), надання послуг зв'язку, в тому числі мобільного, інтернет-послуги, зберігання речей у камерах схову транспортних організацій, зберігання товарів на складах загального користування і т. д. Таким чином, шляхом введення категорії публічного договору законодавець намагається забезпечити оптимальне задоволення в певних сферах.

Відповідно до ст. 633 ЦК України публічним визнається договір, в якому однією із сторін є суб'єкт підприємчої діяльності, що взяв на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до



нього звертається. До таких суб'єктів підприємницької діяльності відносяться підприємства роздрібною торгівлі, зв'язку, транспорту загального користування, медичні установи тощо. Зокрема, до публічних договорів можна віднести: договір роздрібною купівлі-продажу (ч. 2 ст. 698 ЦК); договір прокату (ч. 3 ст. 787 ЦК); договір побутового підяду (ч. 2 ст. 865 ЦК); договір перевезення транспортом загального користування (ч. 2 ст. 915); договір зберігання речей у камерах схову організацій, підприємств транспорту (ч. 1 ст. 972 ЦК); договір банківського вкладу, в якому вкладником є фізична особа (ч. 2 ст. 1058 ЦК) та деякі інші.

Положення щодо публічного договору є винятком з загального принципу свободи договору, встановленого з метою захисту інтересів споживачів товарів (робіт, послуг) у певній сфері відносин.

Сторона, яка реалізує товари (виконує роботу, надає послуги) має діяти як суб'єкт підприємницької діяльності. Це може бути юридична особа, що здійснює підприємницьку діяльність, або фізична особа, яка зареєстрована як підприємець у встановленому законом порядку.

Діяльність по реалізації товарів (виконанню робіт, наданню послуг) має носити публічний характер. Це означає, що вона пов'язана з обов'язком суб'єкта підприємницької діяльності продати товар (виконати роботу, надати послугу) кожному, хто до нього звернеться.

Особливістю публічного договору і гарантією захисту інтересів споживачів товарів (робіт, послуг) є рівність умов такого договору відносно всіх споживачів, за винятком тих, яким за законом надані відповідні пільги. Це означає, що суб'єкт підприємницької діяльності, який здійснює публічну діяльність, не має права змінювати ті чи інші умови договору щодо різних споживачів і ставити їх таким чином у нерівне становище.

Всі споживачі є рівними у своїх правах щодо укладення публічних договорів. А тому підприємець, що займається публічним видом діяльності, не має права надавати перевагу щодо укладення договору одному споживачеві перед іншим, за

винятком випадків, передбачених законом. Наприклад, при наданні готельних послуг надаються пільги таким категоріям споживачів як інвалідам та ветеранам Великої Вітчизняної війни, Героям Радянського Союзу і Героям України тощо. Так, відповідно до п. 20 ч. 1 ст. 12 ЗУ «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту» учасники бойових дій та особи, прирівняні до них, мають право на першочергове обслуговування підприємствами, установами та організаціями служби побуту, громадського харчування, житлово-комунального господарства, міжміського транспорту. Отже, цим особам має надаватися перевага в укладенні відповідних публічних договорів.

Щодо ознак публічного договору в літературі однозначної думки немає. Наприклад, Шатов А.Є. виділяє наступні ознаки публічного договору:

- 1) суб'єкту підприємницької діяльності забороняється за наявності відповідних обставин відмовлятися від укладення договору;
- 2) суб'єкту підприємницької діяльності забороняється у разі відсутності прямих вказівок у законодавстві надавати будь-який перевагу будь-кому при укладенні договору;
- 3) споживач може за допомогою суду зобов'язати суб'єкта підприємницької діяльності укласти з ним договір;
- 4) договірні умови, що суперечать вимогам статті 633 ЦК, визнаються нікчемними;
- 5) у випадках, передбачених законодавством, законодавець може видавати норми, обов'язкові для сторін публічного договору<sup>234</sup>.

Бондаренко Н. Л. виділяє такі критерії публічного договору як:

- 1) особливий характер підприємницької діяльності;

<sup>234</sup> Шатов А. Е. Публичный договор в законодательстве Республики Беларусь / А.Е. Шатов, Е.А. Шатова // Актуальные проблемы экономики, управления, права и человека: сб. науч. ст. / Междунар. негос. ин-т труд. и соц. отношений; ред. А.П. Винокуров, Н.Е. Потапенко – Минск, 2001. – С. 213.

- 2) особливий суб'єктний склад публічних договорів;
- 3) наявність обов'язку щодо укладення договору тільки у однієї сторони;
- 4) оплатних характер<sup>235</sup>.

Майоров В. вказує основними ознаками публічного договору: 1) предмет; 2) умови, що їх повинна виконати сторона, яка здійснює підприємницьку діяльність при укладенні договору; 3) спеціальний суб'єктний склад публічного договору; 4) особливий порядок укладення та правового регулювання, що має імперативну спрямованість<sup>236</sup>.

Укладення публічних договорів для суб'єкта господарювання є реалізацією його публічних зобов'язань. Згідно зі змістом ст. 633 ЦК України, стороною, яка повинна надати виконання за публічним договором, завжди є підприємець. Зазначена стаття не передбачає можливість застосування конструкції договору з публічною офертою щодо договірних відносин, де на боці зобов'язаної сторони (продавця) виступає інший суб'єкт (у тому числі суб'єкт некомерційного господарювання). Натомість ГК України безпосередньо не зазначає, що публічні зобов'язання можуть встановлюватися тільки щодо підприємців.

Згідно зі ст. 178 ГК України суб'єкт господарювання, який відповідно до закону та своїх установчих документів зобов'язаний здійснювати виконання робіт, надання послуг або продаж товарів кожному, хто до нього звертається на законних підставах, не має права відмовити у виконанні робіт, наданні послуг, продажу товару за наявності у нього такої можливості або надавати перевагу одному споживачеві перед іншими, крім випадків, передбачених законодавством.

Таким чином, однією з ознак публічного договору є діяльність підприємця, який має обов'язок укласти публічний

договір з кожним, хто до нього звернеться на законних підставах.

З аналізу ст. 633 ЦК України випливає, що сутність інституту публічного договору полягає в закріпленні легальної можливості спонукання суб'єкта підприємницької діяльності укладати договори:

- 1) з кожним, хто до нього звернеться;
- 2) на однакових умовах для всіх контрагентів<sup>237</sup>.

В. І. Дрішлюк вказує, що ознакою, яка дозволяє говорити про публічність діяльності підприємця є факт укладання договору, прямо вказаного в законі публічним, а не зазначення про це в статуті, ліцензії, договорі. Така позиція буде сприяти однозначному застосуванню норми про публічний договір до всіх правовідносин, де існує економічна нерівність сторін.

Публічність діяльності, яку здійснює підприємець щодо продажу товарів, надання послуг або виконання робіт у відношенні кожного, хто до нього звернувся, треба розуміти, виходячи із цілей введення в законодавство ст. 633 ЦК України – захисту «слабкої» сторони в економічних відносинах<sup>238</sup>.

Ознака публічності вказує на те, що будь-який споживач може звернутися до підприємця, який продає товари, надає послуги чи виконує роботи, а останній зобов'язаний здійснити таку діяльність. Отже, під публічною діяльністю слід розуміти здійснення підприємцем не одноразової, а систематичної діяльності (продаж товарів, надання послуг, виконання робіт) на однакових умовах для кожного споживача.

Наприклад, п. 2.5. Постанови Пленуму ВГС України від 24. 11. 2014 року №1 «Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з кредитних договорів» вказує на те, що умови публічного договору встановлюються однаковими для всіх споживачів. Тому, наприклад, кредитний договір не можна

<sup>237</sup> Дедиков С. Публичный договор // Хозяйство и право. – 1997. – №11. – С. 120

<sup>238</sup> Дрішлюк В. І. До питання про ознаки публічного договору / В. І. Дрішлюк // Університетські наукові записки. – 2007. – №1(21). – С. 115.

<sup>235</sup> Бондаренко Н.Л. Принцип свободы договора в гражданском праве. / Н.Л. Бондаренко – Минск, 2003. – С.40.

<sup>236</sup> Майоров В. Особливості публічного договору [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.freelawyer.ua/news/20>

визначати як публічний, адже чинним законодавством не передбачено обов'язку банку або іншої фінансової установи встановлювати у кредитних договорах однакові умови для всіх позичальників<sup>239</sup>.

Виходячи з усього вищесказаного, а також, враховуючи визначення, дане в ст. 633 ЦК України, на наш погляд, можна виявити наступні основні ознаки публічного договору:

- 1) обов'язковим учасником публічного договору є підприємець;
- 2) зазначений суб'єкт підприємницької діяльності повинен здійснювати діяльність з продажу товарів, виконання робіт або надання послуг;
- 3) дана діяльність повинна здійснюватися підприємцем щодо кожного, хто до нього звернеться;
- 4) предметом договору має бути здійснення діяльності з продажу товарів, виконання робіт або надання послуг.

При відсутності хоча б одного із зазначених ознак договір не є публічним і розглядається як звичайний договір. Так, якщо підприємство роздрібною торгівлі укладає з громадянином договір купівлі - продажу канцелярських товарів, якими торгує це підприємство, то даний договір є публічним. Якщо ж підприємство роздрібною торгівлі укладає договір з громадянином про продаж останньому зайвого торгового обладнання, то це - звичайний договір купівлі-продажу, оскільки його предметом хоч і є діяльність підприємця з продажу товарів, однак не наявна ознака «здійснюється щодо кожного, хто до неї звернувся».

Виходячи з аналізу ст. 633 ЦК України можна зробити висновок, що однією з важливих і характерних умов публічного договору є специфічна діяльність підприємця або юридичної особи, яка має публічний, відкритий характер. Установити критерії, за допомогою яких можна вважати діяльність суб'єкта

підприємницької діяльності публічною і, таким чином, визначити, чи зобов'язаний конкретний суб'єкт укладати публічні договори, виходячи з характеру своєї діяльності, можна спробувати за допомогою спеціальних норм, які присвячено окремим видам договорів. Так на підставі ст. 915 ЦК України перевезення, що здійснюється юридичною особою, вважається перевезенням транспортом загального користування, якщо із закону, інших нормативно-правових актів або ліцензії, виданої цій організації, випливає, що вона має здійснювати перевезення вантажу, пасажирів, багажу, пошти за зверненням будь-якої особи.

На прикладі цієї норми можна дійти висновку про те, що обов'язок юридичної або фізичної особи, що здійснює підприємницьку діяльність, укладати публічні договори може випливати із ЦК, законів і інших правових актів, що регулюють конкретний вид діяльності, з урахуванням установчих документів і отриманих конкретною особою ліцензій<sup>240</sup>.

Згідно із чинним цивільним законодавством договір вважається укладеним, якщо сторони досягли згоди щодо всіх істотних умов договору, а також інших умов, на яких наполягає будь-яка сторона. Згідно із ст. 633 ЦК України предметом публічного договору є продаж товарів, виконання робіт або надання послуг.

У науковій літературі питання про визначення предмета договору, а також про об'єкт правовідносин залишається дискусійним. При цьому є дві точки зору, де під об'єкт визнають тільки річ, інша - тільки дії зобов'язаних осіб ... альтернативна - і річ і дії<sup>241</sup>.

Не допускається відмова підприємця від укладення публічного договору при наявності можливості укласти такий договір із споживачем. Відмова суб'єкта підприємницької діяльності від укладення публічного договору за наявності у

<sup>239</sup> Постанова Пленума ВГС України №1 «Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з кредитних договорів» від 24.11.2014 року [Електронний ресурс]. - Режим доступу: [http://vgsu.arbitr.gov.ua/files/pages/ppVGSU\\_24112014\\_1.pdf](http://vgsu.arbitr.gov.ua/files/pages/ppVGSU_24112014_1.pdf)

<sup>240</sup> Майоров. В. Особливості публічного договору [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://www.freelawyer.ua/news/20>

<sup>241</sup> Майоров. В. Особливості публічного договору [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://www.freelawyer.ua/news/20>.

нього можливостей надання споживачеві відповідних товарів (робіт, послуг) є незаконною, а тому споживач має право звернутися до суду з вимогою щодо укладення відповідного договору і відшкодування збитків, завданих необґрунтованою відмовою. При цьому, саме на підприємця має покладатися обов'язок доказування відсутності у нього можливості надати споживачеві товари, роботи або послуги. Так, наприклад, підприємство, що надає інтернет-послуги у випадку його відмови від укладення із конкретним споживачем договору про надання інтернет-послуг може бути звільнено від відповідальності за умови, якщо воно доведе, що немає технічної можливості надати цьому споживачу зазначені послуги. Таким чином, предметом виконання договору про надання послуг у мережі інтернет є інтернет-послуга, а об'єктом – вчинення конкретних зобов'язальних дій виконавцем договору на користь замовника договору. Предмет публічного договору може включати не тільки зобов'язання підприємця з продажу товару, виконання робіт або надання послуг, а й інші зобов'язання сторін, однак для класифікації договору як публічного наявність інших зобов'язань контрагентів не має значення.

Місцем виконання даного публічного договору про надання послуг у мережі Інтернет є місце, встановлене в договорі, або інше місце, якщо це встановлено актами законодавства.

Договір про надання послуг у мережі Інтернет як публічний договір є проявом одностадійної концепції укладання договору. В одностадійній моделі укладання договору імперативно визначено умови участі однієї із сторін у договорі. Здебільшого у договорі про надання послуг у мережі Інтернет пропозиція про укладання договору (оферта) є настільки імперативною, що не припускає альтернативи за умови її прийняття. Якщо оферта є імперативом, то укладання договору про надання послуг у мережі Інтернет відбувається лише через акцепт наперед відомої імперативної оферти. Якщо інше не передбачено законом, договір про надання послуг у мережі Інтернет є укладеним з

моменту, коли користувач пристав на чинні умови шляхом приєднання до стандартних умов послугонадавача<sup>242</sup>.

Таким чином, публічним договором визнається договір, який укладено спеціальним суб'єктом - підприємцем та який встановлює обов'язки з продажу товарів, виконання робіт або надання послуг. У такі обов'язки входить виконання запитів кожного, хто до нього звернувся. Ціна товарів, робіт і послуг встановлюється однакова для всіх споживачів. У публічних договорах, так як і у договорах приєднання ціна встановлюється однією стороною.

Умови публічного договору, що ставлять споживачів у нерівне становище (надають незаконні переваги одним споживачам перед іншими) або не відповідають встановленими актами цивільного законодавства обов'язковим умовам таких договорів, – є недійсними (нікчемними). Слід враховувати, що недійсність окремих умов договору не означає недійсності договору в цілому.

Касовий чек являє собою спрощену форму публічного договору купівлі-продажу або договору про надання послуг. Така форма договору регулюється Цивільним кодексом України. Наявність касового чека увазі виконання зобов'язань за договором купівлі-продажу (надання послуги) між покупцем (клієнтом) і відповідним суб'єктом підприємницької діяльності.

Таким чином, кваліфікація договору в якості публічного, породжує певні наслідки для суб'єкта підприємницької діяльності:

1) підприємець не має права на свій розсуд ні вибирати покупця (споживача), ні вирішувати питання про укладення договору. Відмова підприємця від укладення публічного договору за наявності можливості надати споживачеві відповідні товари, послуги, виконати для нього відповідні роботи не допускається. В іншому випадку, дії підприємця будуть розглядатись як необґрунтоване ухилення від укладення

<sup>242</sup> Аляб'єва, Наталія Вікторівна. Договір про надання послуг у мережі Інтернет: автореф. дис ... канд. юрид. наук: 12.00.03 /Наталія Вікторівна Аляб'єва. – Харків, 2010. – 18 с.

договору. Виходячи з цього, договір може бути визнаний укладеним в примусовому порядку за рішенням суду. Більше того, споживач має право вимагати стягнення збитків.

2) підприємець, що є суб'єктом публічного договору, не має права надавати перевагу будь-кому з споживачів, які до нього звернулися щодо укладення договору. Винятки з цього правила можуть бути передбачені законодавством.

3) умови публічного договору (у тому числі про ціну на товари, роботи, послуги) повинні встановлюватися однаковими для всіх, крім тих випадків, коли в законодавстві допускається надання пільг для окремих категорій споживачів.

4) спори, пов'язані з укладенням публічних договорів, а також розбіжності сторін за окремими умовами таких договорів, на відміну від звичайних цивільно-правових договорів, повинні вирішуватися в судовому порядку незалежно від того, чи є на то згода обох сторін.

Обов'язковість укладення публічного договору за наявності можливості надати особі відповідні послуги означає неприпустимість односторонньої відмови від виконання зобов'язань підприємцем, оскільки в такому випадку норма закону (ч. 4 ст. 633 ЦК України) про обов'язковість на укладання публічного договору з будь-яким споживачем не мало б сенсу і правового значення. Загальне правило, яке використовують суди при вирішенні справ щодо можливості зміни або розірвання публічних договорів суб'єктом підприємницької діяльності, зводиться до того, що норми законодавства не передбачають можливості односторонньої відмови від виконання, а існує лише обов'язок на його укладання. Тому до публічних договорів відносять загальні положення глави 53 ЦК України щодо укладення, зміни і розірвання договору. Однак, особливості правової природи публічного договору все ж таки відбиваються на режимі його правового регулювання.

Для прикладу розглянемо договір страхування. В договорі про намір отримання послуг з добровільного страхування майна та цивільної відповідальності власників (користувачів) житлових приміщень (квартир) у м. Вінниця (на умовах

публічної оферти) вказано, що публічна оферта – пропозиція виконавця, адресована будь-якій фізичній особі у відповідності зі статтею 641 ЦК України, укласти з ним договір добровільного страхування майна та цивільної відповідальності власників (користувачів) житлових приміщень (квартир) у м. Вінниця на умовах, що містяться в публічному договорі та додатках до нього. Потенційний клієнт – будь-яка фізична особа, яка має можливість ознайомитися із умовами публічного договору, а клієнт – фізична особа, яка провела акцепт публічного договору, тобто повна й безумовна згода клієнта на укладення договору на умовах, визначених публічним договором та додатками до нього<sup>243</sup>. Таким чином, даний публічний договір доводиться до відома усім потенційним клієнтам. Розірвання публічного договору можливе з ініціативи виконавця тільки шляхом направлення відповідного письмового повідомлення клієнту про неможливість надання послуг чи виконання робіт. А розірвання публічного договору, після акцепту, можливе за ініціативи клієнта на підставі письмового звернення до виконавця. Однак, це стосується не кожного публічного договору.

Наприклад, на підтвердження публічності договору постачання, зокрема природного газу, слугують такі положення законодавства, як частина друга ст. 714 ЦК України, яка встановлює, що до договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, положення про договір поставки, якщо інше не встановлено законом або не впливає із суті відносин. Наведене свідчить про можливість абонента придбати природний газ як для власних побутових потреб, так і для здійснення підприємницької діяльності, характерної для отримання майна за договором поставки. Крім того, публічну природу договору постачання природного газу

<sup>243</sup> Договір про намір отримання послуг з добровільного страхування майна та цивільної відповідальності власників (користувачів) житлових приміщень (квартир) у м. Вінниця (на умовах публічної оферти) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [ic-misto.com.ua/Dog/Dog\\_mayno.doc](http://ic-misto.com.ua/Dog/Dog_mayno.doc)

через приєднану мережу визначає й відсутність у постачальника газу права на відмову в укладенні договору постачання. Так, відповідно до абзацу сьомого п. 4 Правил надання населенню послуг з газопостачання, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 9 грудня 1999 р. № 2246 (у редакції постанови Кабінету Міністрів України від 14 квітня 2004 р. № 476), газопостачальні підприємства, що здійснюють постачання природного газу на закріпленій території, не мають права відмовити споживачеві, об'єкти якого розташовані на цій території, в укладенні договору. У такому випадку наявність у постачальника права відмовляти в укладенні договору постачання можна розцінювати як додатковий механізм впливу на споживачів і реальну можливість підвищувати тарифи на постачання газу<sup>244</sup>. Виходячи з цього, постачальник не має права в односторонньому порядку відмовитись від виконання договору. Право на односторонню відмову від виконання публічного договору є наявним за умови непогашення існуючої заборгованості.

Практично єдиною можливістю розірвати укладений публічний договір для суб'єкта підприємницької діяльності є застосування ч. 1 ст. 652 ЦК України з посиланням на істотну зміну обставин, якщо вони змінилися настільки, що, якби сторони могли це передбачити, вони не уклали б договір або уклали б його на інших умовах.

Науковці сучасної цивілістики досить часто ототожнюють публічний договір з договором приєднання і вказують на їх схожість.

Спільними ознаками, які поєднують договір приєднання та публічний договір є принцип обмеження свободи договору та спрямованість на захист більш слабкої сторони. Проте принцип обмеження свободи договору більш виражений у публічному договорі.

<sup>244</sup> Курченко С. В. Деякі особливості договору постачання природним газом через приєднану мережу: цивільно-правовий аспект / С. В. Курченко // Часопис Київського університету права. – 2013. – № 1. – С. 205.

Відмінним в договорі приєднання від публічного договору є суб'єктний склад, предмет, правові наслідки та мета з якою цей договір передбачений в законодавстві.

В договорі приєднання стороною може виступати будь-який суб'єкт цивільних відносин, як на стороні особи, що приєднується, так і її контрагента. В той же час однією зі сторін публічного договору повинен обов'язково виступати суб'єкт підприємницької діяльності.

Договір приєднання може застосовуватися до майже всіх правовідносин, у той час як публічний договір регулює лише ті відносини, де діяльність підприємця є публічною, тобто такою, яка передбачає обов'язок підприємця укласти договір із кожною особою, яка до нього звернеться. У публічному договорі предметом виступає обов'язок підприємця з продажу товарів, виконання робіт або надання послуг, у договорі приєднання предметом договору можуть бути будь-які зобов'язання, які сторони бажають взяти на себе. Отже, сфера застосування договору приєднання значно ширша договору публічного.

За договором приєднання за наявності підстав, передбачених ч. 2 ст. 634 ЦК України сторони мають право вимагати розірвання або зміни договору. А за публічним договором сторони мають право на відшкодування збитків, завданих неправомірною відмовою в укладенні публічного договору. Крім того, споживач має право вимагати застосування наслідків недійсності нікчемних умов договору, які не відповідають вимогам ч. 2 і ч. 5 ст. 633 ЦК України.

Мета договору приєднання передбачає захист інтересів тих, кого примусили обставини укласти договір на підставі запропонованого формуляра тобто «приєднатися» до уже сформованого договору, а публічний договір передбачає захист широкого кола споживачів, що виражається у встановленні в законодавстві обов'язку для певних осіб вступати в договірні відносини.

Проведений аналіз дав змогу зробити висновок, що публічний договір і договір приєднання є самостійними інститутами, які застосовуватися в цивільно-правових

відносинах як відособлено, так і в сукупності, доповнюючи один одного.

Спеціальні закони та підзаконні акти, прийняті для розвитку норм щодо публічного договору, здійснюють детальне регулювання найважливіших положень порядку укладення публічних договорів. Тому вважається доцільним розглядати публічний договір як новий інститут цивільного права, який займає вагоме місце в сфері цивільно-правових договорів.

### 3.2.2. Договір приєднання

У Цивільному кодексі України від 16.01.2003 року вперше законодавчо закріплено укладення договору за приєднанням до пропонованих умов. Конструкція договору приєднання є новою для цивільного законодавства України, хоча практично такий порядок укладення договорів широко застосовувався ще до його нормативного регулювання<sup>245</sup>.

Вперше договори приєднання стали з'являтися в XIX ст.; дане явище було обумовлено тим, що великі тогочасні монополістичні об'єднання почали видавати власні типові правила для вчинюваних ними угод. Це було необхідно, щоб уникнути багатократного створення правил для одноманітних договорів при обслуговуванні широких мас населення (залізниці, телеграф, пошта і т.д.), коли не можливо складати індивідуальні договори з кожним з своїх клієнтів і вимагається вироблення певного стандарту<sup>246</sup>.

Таким чином, розвиток масового виробництва, що був результатом досягнень науки, спричинив різке зростання кількості договорів, що укладаються, в результаті традиційні підходи „класичного” договірного права, що передбачали індивідуальне узгодження сторонами кожної з умов договору,

<sup>245</sup> Яворська О.С. Договори приєднання: проблеми правового регулювання / О.С. Яворська // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 10. – С. 93-95, с. 93

<sup>246</sup> Ершов, Ю. Л. О некоторых особенностях конструкции договора присоединения в российском гражданском праве / Ю. Л. Ершов // Журн. рос. права. – 2003. – № 1. – С. 48-51.

вже не відповідали потребам часу. Виникла потреба в раціоналізації процедури укладення договору. Результатом стало використання стандартних умов договору, наперед сформульованих однією з його сторін з розрахунку на неодноразове застосування, а також стандартних форм договорів (договорів приєднання). Договір, що укладався на стандартних умовах, став віддзеркаленням ідеї деперсоналізації сучасного торгового обороту<sup>247</sup>.

Законодавче закріплення договорів приєднання у праві європейських країн датується початком XX ст. і в науковій літературі оцінюється як відступ від принципу свободи договору, відповідно - на сучасному етапі в законодавстві багатьох європейських країн значна увага звертається на створення системи дієвих гарантій захисту прав сторони, якій пропонуються типові, стандартні умови при укладенні договорів<sup>248</sup>.

Слід відзначити, що ця конструкція була відома і радянському законодавству у вигляді практик складання певних бланків, що містили найбільш важливі умови договорів, що укладались з різного роду підприємствами (наприклад, комбінатами побутового обслуговування, ательє, ломбардами і т.д.); тобто відбувалася типізація умов договорів, здійснювана за допомогою такого роду бланків<sup>249</sup>.

В цивілістичній літературі дана правова конструкція оцінюється достатньо по-різному. Так, ряд цивілістів вказують на те, що договір приєднання - це спосіб укладення договору, інші визначають договір приєднання як вид, універсальний рід чи певний „тип договору”. Певний час терміном „договір

<sup>247</sup> Савельев А.И. Договор присоединения в российском гражданском праве / А.И. Савельев. // Вестник гражданского права. - 2010. - № 5. - С. 13 - 15. с. 13

<sup>248</sup> Яворська О.С. Договори приєднання: проблеми правового регулювання / О.С. Яворська // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 10. – С. 93-95, с. 93-95.

<sup>249</sup> Ершов, Ю. Л. О некоторых особенностях конструкции договора присоединения в российском гражданском праве / Ю. Л. Ершов // Журн. рос. права. – 2003. – № 1. – С. 48-51.



приєднання” позначався не окремий вид договору, а юридичний склад. Однак в цілому відзначається в цілому адекватне сприйняття даної конструкції в сучасному цивільному праві, не дивлячись на різні підходи до визначення суті даного договору<sup>250</sup>.

Згідно ч. 1 ст. 634 ЦК України, договором приєднання є договір, умови якого встановлені однією із сторін у формулярах або інших стандартних формах, який може бути укладений лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору в цілому, друга сторона не може запропонувати свої умови договору.

Поняття договору приєднання об’єднує в єдиний вид ті договори, які були укладені шляхом приєднання однієї зі сторін до умов договору, які визначені другою стороною в формулярах або інших стандартних формах. Критерієм виділення з усіх цивільно-правових договорів договору приєднання є не природа зобов’язань, що виникли, як це має місце при диференціації договірних зобов’язань і не характер діяльності однієї із сторін (публічний договір), а спосіб укладення договору<sup>251</sup>. Також висловлюються думки щодо віднесення договорів приєднання до господарських та публічних договорів<sup>252</sup>.

Будь-якому договору, який можна визначити як договір приєднання, властиві такі особливості:

– умови договору приєднання визначено однією стороною в формулярах або інших стандартних формах. У разі, якщо друга сторона не згодна з окремими умовами даного договору вона вправі заявити про розбіжності за окремими пунктами договору, що зрештою дасть можливість визначати умови договору в звичайному порядку, тобто за угодою сторін;

– умови договору, визначені у відповідному формулярі або містяться в стандартній формі, можуть бути прийняті іншою

<sup>250</sup> Мечетин Д.В. Квалифицирующие признаки договора присоединения / Д. В. Мечетин // Юрист. -2014. - № 21. - С. 24-28.

<sup>251</sup> Там же.

<sup>252</sup> Мечетин Д.В. Квалифицирующие признаки договора присоединения / Д. В. Мечетин // Юрист. -2014. - № 21. - С. 24-28.

стороною не інакше як шляхом приєднання до цих умов. Ця вимога з теоретичної точки виключає можливість для сторін у договорі приєднання формувати умови, відмінні від виражених у стандартній формі або формулярі, за їх згодою, а для сторони, що приєдналася – також і саму можливість заявляти при укладанні договору про розбіжності за його окремими умовами<sup>253</sup>.

Іншими словами, кваліфікуючими ознаками договору приєднання є стандартна форма запропонованої оферти, а також акцепт, що передбачає приєднання до запропонованих стандартних умов в цілому<sup>254</sup>. Також в моделі договору приєднання пропонується виділяти наступні ознаки: письмову форму документа, багатократність укладання подібних договорів, незмінність умов договору, їх застосування у сфері відносин комерційних організацій та споживачів<sup>255</sup>.

Загалом, сторона договору, якій зроблено пропозицію, сама вирішує, приєднатися до такого договору в цілому або не приєднуватися до нього<sup>256</sup>. Спільною і водночас визначальною ознакою договорів приєднання є відсутність взаємного волевиявлення сторін при його укладенні. Лише одна сторона

<sup>253</sup> Топоркова М.М. Типовий договір і договір приєднання як форма регулювання постачання тепловою енергією / М. М. Топоркова // Форум права. - 2012. - № 2. - С. 709-713; с. 709; Мечетин Д.В. Договоры присоединения в гражданском праве : вопросы теории и практики : автореф. дис. ... к.ю.н.: 12.00.03 / Д.В. Мечетин. - М., 2010. -27 с. // [Електронний ресурс] - режим доступу: <http://lawtheses.com/dogovory-prisoedineniya-v-grazhdanskom-prave#ixzz3pCdyBgI/>

<sup>254</sup> Цыпленкова А.В. Договор присоединения как особая категория гражданского права : автореф. дис. ... к.ю.н.: 12.00.03 / А.В. Цыпленкова. - М., 2002. - 26 с. // [Електронний ресурс] - режим доступу: <http://lawtheses.com/dogovor-prisoedineniya-kak-osobaya-kategoriya-grazhdanskogo-prava#ixzz3pCluzCud/>

<sup>255</sup> Мечетин Д.В. Квалифицирующие признаки договора присоединения / Д. В. Мечетин // Юрист. -2014. - № 21. - С. 24-28.

<sup>256</sup> Топоркова М.М. Типовий договір і договір приєднання як форма регулювання постачання тепловою енергією / М. М. Топоркова // Форум права. - 2012. - № 2. - С. 709-713; с. 709-710.

пропонує свої умови, інша – не може їх змінити, узгодити, а приймає їх такими, як їй запропоновано. Вияв волі другої сторони зводиться до погодження із запропонованими умовами або договір нею на запропонованих умовах не укладається<sup>257</sup>.

Законодавче закріплення формування договірних відносин за приєднанням до пропонованих умов фактично виключає можливість виділення оферти й акцепту при укладенні договорів приєднання. Адже умови такого договору встановлені однією стороною у формулярах або інших стандартних формах. Інша сторона, приєднуючись до запропонованих умов, практично здійснює конкретні дії, спрямовані на виконання договору відповідно до запропонованих умов. Так, наприклад, відбувається у сфері роздрібної купівлі-продажу: покупець акцептує публічну пропозицію продавця шляхом оплати відібраного товару. Іншими словами, акцепт і вчинення дій на виконання договору практично збігаються у часі<sup>258</sup>.

В літературі запровадження даної договірної конструкції оцінюється дещо неоднозначно. одного боку, необхідність правового закріплення вказаного договору пов'язана із все більш широким використанням підприємцями типових і стандартизованих договорів, що, у свою чергу, обумовлено розвитком тривалих і стійких господарських зв'язків між суб'єктами цивільного обороту, збільшенням тривалості дії договорів, ускладненням їх змісту. Конкуренція між окремими виробниками масових товарів і послуг приводить до того, що, прагнучи звести до мінімуму свої витрати на укладення договорів, більшість з них розробляє власні типові умови, які потім при укладенні договору пропонуються контрагенту. Укладення договору шляхом приєднання спрощує і полегшує процедуру оформлення договірних відносин, особливо при укладенні однотипних договорів з масовим споживачем. Тому появу вказаного правового феномена справедливо називають

<sup>257</sup> Яворська О.С. Договори приєднання: проблеми правового регулювання / О.С. Яворська // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 10. – С. 93-95, с. 95

<sup>258</sup> Там же. – С. 93-95, 94

„аналогом в промисловій революції XIX століття” і „однією з найбільш важливих новацій в сфері договірних прав XX століття”<sup>259</sup>.

З іншого боку, в літературі вказується, що застосування договорів приєднання часто є способом, що дозволяє уникнути узгодження тексту договору між сторонами і нав'язати стороні, що приєднується, певні умови; відсутність обмежень в законодавстві щодо того, які договори можуть укладатися шляхом приєднання, дає можливість укладення практично будь-якого договору без обговорення його умов з контрагентом. Дані обставини не сприяють сумлінності контрагентів, негативно впливають на характер регулювання договірних відносин, поступово перетворюючи цивільне право в галузь формальних угод; обмежуються найбільш важливі цивільно-правові принципи рівності суб'єктів і свободи договору<sup>260</sup>.

Така характеристика договору є певним відступом від розуміння суті договору як домовленості двох або більше сторін, спрямованої на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Фактично така конструкція є своєрідним „прилаштуванням” договору до сучасних умов господарювання, адже договори про приєднання мають застосування у сфері підприємницької діяльності. Як договір приєднання можуть бути охарактеризовані договір роздрібної купівлі-продажу, договір складського зберігання, страхування, договори про надання банківських послуг (кредитний договір, договір банківського вкладу, договір банківського рахунку).

<sup>259</sup> Цыпленкова А.В. Договор присоединения как особая категория гражданского права : автореф. дис. ... к.ю.н.: 12.00.03 / А.В. Цыпленкова. – М., 2002. – 26 с. // [Електронний ресурс] - режим доступу: <http://lawtheses.com/dogovor-prisoedineniya-kak-osobaya-kategoriya-grazhdanskogo-prava#ixzz3pCluzCud/>

<sup>260</sup> Мечетин Д.В. Договоры присоединения в гражданском праве : вопросы теории и практики : автореф. дис. ... к.ю.н.: 12.00.03 / Д.В. Мечетин; Науч. рук. В. А. Рыбаков. -М., 2010. -27 с. // [Електронний ресурс] - режим доступу: <http://lawtheses.com/dogovory-prisoedineniya-v-grazhdanskom-prave#ixzz3pCdyBgJ>

Певною мірою елементи приєднання притаманні договорам перевезення транспортом загального користування, оскільки у цій сфері діють тарифи на перевезення та застосовуються інші типові умови перевезення<sup>261</sup>.

Незважаючи на широке використання конструкції договору приєднання в сучасному цивільному обороті, законом не встановлено, які саме договори повинні полягати шляхом приєднання. При цьому в цілیم рядом вчених-юристів вказується на те, що договори приєднання часто використовуються контрагентом-монополістом, який нав'язує стороні, що приєднується, свої умови<sup>262</sup>.

Також ЦК України не передбачає випадки і порядок розробки формулярів і стандартних форм договорів, так само як і не передбачає вимоги до організацій, які наділені правами розробляти договори приєднання. Це в даний час вносить проблему в регулювання відносин, які регулюються за допомогою договору приєднання, так як відповідно до положень ЦК України будь-яка організація може сама розробляти умови договору<sup>263</sup>.

Відповідно до ч. 2 ст. 634 ЦК України договір приєднання може бути змінений або розірваний на вимогу сторони, яка приєдналася, якщо вона позбавляється прав, які звичайно мала, а також, якщо договір виключає чи обмежує відповідальність другої сторони за порушення зобов'язання або містить інші умови, явно обтяжливі для сторони, яка приєдналася. Сторона, яка приєдналася, має довести, що вона, виходячи зі своїх інтересів, не прийняла би цих умов за наявності у неї можливості брати участь у визначенні умов договору. Таким чином, виходячи з положення вище вказаної статті ЦК України,

<sup>261</sup> Яворська О.С. Договори приєднання: проблеми правового регулювання / О.С. Яворська // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 10. – С. 93-95, с. 95

<sup>262</sup> Мечетин Д.В. Квалифицирующие признаки договора присоединения / Д. В. Мечетин // Юрист. - 2014. - № 21. - С. 24-28.

<sup>263</sup> Топоркова М.М. Типовий договір і договір приєднання як форма регулювання постачання тепловою енергією / М. М. Топоркова // Форум права. - 2012. - № 2. - С. 709-713; с. 710.

в типовий договір, умови якого розроблені однієї зі сторін, можна вносити зміни<sup>264</sup>.

Положення частини 3 ст. 634 ЦК України дещо обмежує право на зміну або розірвання договору, пред'явлене комерційною організацією. Так, комерційні організації й інші особи, які приєдналися до умов договору у зв'язку зі здійсненням ними підприємницької діяльності, не наділені обсягами правочинів, якими наділені побутові споживачі-фізичні особи, на розірвання або зміну договору. Вимоги комерційних організацій щодо зміни або розірвання договору приєднання можуть бути незадоволені, якщо буде доведено в суді, що сторона, яка приєдналася, знала або повинна була знати, на яких умовах вона приєдналася до договору<sup>265</sup>.

### 3.2.3. Договір на користь третіх осіб

У теорії цивільного права, як і в законодавстві України, крім традиційних договорів, виконання яких здійснюється на користь самих контрагентів, виділяють також договори на користь третіх осіб, правова конструкція яких і до цього часу залишається не в повній мірі дослідженою. Так, договором на користь третьої особи є договір, у якому боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок на користь третьої особи, яка встановлена або не встановлена у договорі (ч. 1 ст. 636 ЦК України).

В доктринальних дослідженнях під договором на користь третьої особи розуміють договір, за яким право вимагати виконання виникає у особи, яка не брала участі в договорі ні прямо (як контрагент), ні опосередковано (через представника)<sup>266</sup>. Як зауважив І. Б. Новицький, договір на користь третьої особи має ту особливість, що він породжує

<sup>264</sup> Топоркова М.М. Типовий договір і договір приєднання як форма регулювання постачання тепловою енергією / М. М. Топоркова // Форум права. - 2012. - № 2. - С. 709-713; с. 710.

<sup>265</sup> Там же. - С. 711.

<sup>266</sup> Ковалевская Н. С. Договор в пользу третьего лица / Н.С.Ковалевская // Вестник ЛГУ. – 1984. – № 5. – С. 9.

правовий ефект для такої особи, яка ні особисто, ні через представника не брала участі в укладенні договору. Правові наслідки для третьої особи можуть виражатися тільки в установленні прав, але не обов'язків<sup>267</sup>.

Слід сказати, що договір на користь третьої особи як правова конструкція, не є новим в цивільному законодавстві України. Більше того, як впливає із аналізу історії виникнення та розвитку такого договору в сучасному цивільному законодавстві України як правова конструкція він сформувався під впливом концептуальних засад ЦК УРСР 1922 р. та ЦК УРСР 1963 р.

Водночас даний договір, є одним із тих договорів, становлення і розвиток якого відбувався за відсутності позитивного впливу з боку норм римського цивільного права. Як відзначив О. А. Підпригора, «давньоримське зобов'язання мало суворо особистий характер, стосувалося тільки тих осіб, які його уклали. Це був суворо особистий зв'язок між кредитором і боржником, а на третіх осіб він не поширювався. Особистий характер зобов'язання виявлявся в тому, що правове відношення виникало лише між кредитором і боржником. Права і обов'язки, встановлені зобов'язанням, не відносилися до третіх осіб, що не приймали участі в зобов'язанні»<sup>268</sup>.

Суворо особистий характер давньоримського зобов'язання пояснювався тим, що для класичного римського права характерним був наступний принцип: «*Alteri stipulatur nemo potest*» (Ulpian D.45, 1, 38, 17), зміст якого полягав у тому, що «ніхто не може домовлятися на користь стороннього»<sup>269</sup>.

<sup>267</sup> Новицкий И. Б. Гражданский Кодекс Р.С.Ф.С.Р. Практический комментарий. Обязательства из договоров. Заключение договоров. Дарение. Двусторонние договоры. Договоры в пользу третьего лица. (Комментарий к ст. ст. 130–140 и 144–146 Гражданского Кодекса) / И. Б. Новицкий. – М. : Право и жизнь, 1924. – С 46.

<sup>268</sup> Підпригора О. А. Основи римського приватного права : підруч. / О. А. Підпригора. – К. : Вища шк., 1995. – С 142.

<sup>269</sup> Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права : в 2 т. / К. Цвайгерт, Х. Кетц ; пер. с нем. Ю. М. Юмашев. – М. : Междунар. Отношения, 1998. – Т. 2. – С 181.

Юридична конструкція договору на користь третьої особи передбачає виникнення прав у третьої особи, внаслідок здійснення яких треті особи могли отримати певну вигоду та користь. Оскільки треті особи при укладенні таких договорів не брали участі, то ці договори вважалися такими, які суперечили вказаному принципу, у зв'язку з чим вони не могли визнаватися дійсними існуючою на той час правовою системою. Як зазначив А. Нолькен, договори, укладені всупереч цьому принципу, вважалися недійсними як щодо сторін договору, так і третіх осіб. Крім того, як зазначив автор, на ранніх етапах в силу існуючого принципу визнавалися недійсними і такі договори, коли виконання договору хоч і здійснювалося третьою особою, однак в інтересах не третьої особи, а безпосередньо особи, яка уклала договір<sup>270</sup>.

Незважаючи, що договір, про який йдеться, не є новим для цивільного законодавства України, тим не менше, законодавець вперше дає його визначення, яке при цьому не позбавлене окремих недоліків. Так, даючи визначення поняття договору на користь третьої особи законодавець акцентує увагу на поведінці зобов'язаної сторони договору, і тільки в ч. 2 ст. 636 ЦК України, яка носить диспозитивний характер, передбачає виникнення права вимоги в третьої особи. Як передбачено положенням цієї правової норми виконання договору на користь третьої особи може вимагати як особа, яка уклала договір, так і третя особа, на користь якої передбачено виконання, якщо інше не встановлено договором або законом чи не впливає із суті договору. Таким чином, враховуючи диспозитивний характер цієї правової норми можна зробити висновок, що у випадках, встановлених договором чи законом, як особа, яка уклала договір, так і третя особа, може й не володіти правом вимагати виконання договору, оскільки вислів «якщо інше не встановлено договором або законом, чи не впливає із суті договору»

<sup>270</sup> Нолькенъ А. Договоры въ пользу третьихъ лицъ / А. Нолькенъ. – Санкт-Петербургъ : Типографія императорской академіи наукъ, 1835. – С. 47

стосується як права вимоги сторони, яка уклала договір, так і права вимоги третьої особи.

Якщо третій особі на підставі договору не буде надано право вимагати виконання обов'язку від боржника, що є основною ознакою, яка виділяє договори на користь третіх осіб із-поміж інших правових конструкцій, то в такому разі такий договір не буде вважатися договором, укладеним на користь третьої особи. У такому випадку відсутність права вимагати виконання обов'язку від боржника у третьої особи свідчитиме про укладення договору про виконання третій особі.

Отже, незважаючи, що ЦК України у ч. 1 ст. 636 дав визначення поняття договору на користь третьої особи, з огляду на положення ч. 2 цієї статті воно є таким, яке не відображає його основної ознаки, а саме виникнення права вимоги у третьої особи у зв'язку із чим до певної міри нівелюється юридична природа договору на користь третьої особи. Таке право у третьої особи повинно виникати незалежно від суті договору, умов договору та закону.

Таким чином, як випливає із зазначеного, під договором на користь третьої особи слід розуміти договір, в якому боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок на користь третьої особи, яка встановлена або не встановлена у договорі, а третя особа має право вимагати виконання такого обов'язку.

Виконання такого договору хоч і здійснюється на користь третьої особи, тим не менше, укладаючи його, сторони керуються передусім власними інтересами. Зокрема, змістом інтересу сторони, яка укладає договір, є потреба у задоволенні благ третьої особи, виникнення якої може зумовлюватися характером відносин із третьою особою (наприклад, родичі, партнери по бізнесу, благодійницька діяльність тощо). Як зазначив А. Бутовський, спонукальною причиною для вчинення договору на користь третьої особи можуть служити одні тільки альтруїстичні мотиви – бажання обдарувати третю особу,

виконати перед нею моральний борг, нагородити її за надану колись послугу<sup>271</sup>.

Про існування інтересу в сторони, яка уклала договір, свідчить той факт, що вона, уклавши такий договір, сама стає зобов'язаною – вчиняє дії або утримується від учинення дій на користь протилежної сторони, яка зобов'язана виконати обов'язок на користь третьої особи (як приклад можна навести договір страхування на користь третьої особи). Більше того, якщо це реальний договір, то для його укладання контрагенту, крім досягнення домовленості, необхідно вчинити ще певну дію, наприклад, для укладання договору довічного утримання (догляду) на користь третьої особи відчужувачу необхідно передати майно у власність набувачеві, після чого цей договір вважається укладеним. Це означає, що особі, яка уклала договір, не байдуже, чи буде виконаний боржником обов'язок на користь третьої особи, що, звичайно, свідчить про її інтерес до укладеного договору у зв'язку із чим не можна погодитись із висловленою в юридичній літературі думкою про те, що цей договір є договірною конструкцією, принципово відмінною від інших договорів, для яких характерним є те, що вони завжди укладаються в інтересах самих сторін<sup>272</sup>.

Отримання третьою особою вигоди й користі від реалізації наданого їй на підставі договору права призведе до виникнення у неї певних благ, а, отже, задоволення інтересу особи, яка уклала договір. З огляду на зазначене, не можна не погодитись із думкою, висловленою З. Е. Беневоленскою в контексті відмежування договору на користь третьої особи від інших суміжних правових конструкцій: сторона, яка укладає договір на користь третьої особи, не вчиняючи жодних дій на користь останньої, тим не менше визначає, в чому полягає така користь.

<sup>271</sup> Бутовский А. Н. Договоры в пользу третьих лиц / А. Н. Бутовский // Журнал министерства юстиции. – 1910. – № 10 – С. 10.

<sup>272</sup> Брагинский М. И. Договорное право / М. И. Брагинский, В. Витрянский. – 2-е изд., изм. и доп. – М.: Статут, 2008. – Кн. 1: Общ. положения. – С. 363.

Користь вигодонабувача – це найбільш значимий елемент правовідносин на користь третьої особи<sup>273</sup>. Тобто чинники, які формують виникнення такої потреби в особі, яка укладає договір, знаходяться поза межами договірних правовідношення.

Договір на користь третьої особи може бути укладеним як на користь встановленої, так і невстановленої третьої особи. Винятком із цього правила може бути хіба що обмеження, які передбачені законом або впливають із специфіки того чи іншого договору. Наприклад, договір банківського вкладу на користь третьої особи (ст. 1063 ЦК України) може бути укладеним винятково на користь встановленої особи, в той же час договір довічного утримання (догляду) може бути укладеним і на користь невстановленої особи, оскільки жодних обмежень із цього приводу не впливає ні зі специфіки цього договору, ні закону.

Правовим наслідком укладення договору на користь третьої особи є виникнення права вимоги в останньої. В юридичній літературі вже тривалий час існують дискусії з приводу юридичної природи такого права. Однак юридичну природу права, про яке йдеться, слід передусім розглядати залежно від того, чи договір укладений на користь встановленої чи невстановленої третьої особи. Тому, якщо договір укладений на користь встановленої третьої особи, таке право (мається на увазі суб'єктивне) в останньої, якщо інше не передбачено договором чи законом, виникає з моменту укладення договору. У цьому разі третя особа, якщо інше не передбачено законом, договором або не впливає із його суті, має можливість уже з моменту укладення договору пред'явити право вимоги до боржника, тобто реалізувати ті правомочності, які становлять зміст наданого їй суб'єктивного права.

В той же час, якщо договір укладений на користь невстановленої третьої особи, то, відповідно, з моменту

укладення такого договору у третьої особи виникає секундарне право, яке трансформується у суб'єктивне тільки з настанням юридичних фактів, які спрямовані на персоніфікацію третьої особи, тобто встановлення її імені чи найменування.

Вираження наміру третьою особою скористатися наданим їй правом проявляється у вчиненні дій або утриманні від вчинення дій і спрямоване на реалізацію наданого їй права. Тобто правова категорія, про яку йдеться, є такою, яка безпосередньо пов'язана із суб'єктивним правом третьої особи. Залежно від умов договору про вираження наміру третьою особою скористатися наданим їй правом може свідчити й реалізація такої правомочності, як звернення за захистом свого порушеного права.

Юридична природа договорів на користь третіх осіб допускає виникнення в останніх крім прав також і обов'язків. Як відзначено із цього приводу в юридичній літературі виникнення таких обов'язків, повинно обумовлюватися специфікою права вимоги третьої особи, і за своїм характером такі обов'язки мають бути такими, які спрямовані на захист прав та інтересів інших осіб при виконанні тих чи інших видів договорів, укладених на користь третіх осіб, припинення таких договорів, а також здійснення третіми особами наданих їм прав. Крім того, за своїм змістом такі обов'язки не можуть бути такими, які спрямовані на надання майнових чи немайнових благ іншим особам<sup>274</sup>.

Водночас з огляду на існування загального правила про те, що зобов'язання не може створювати обов'язку для трет'ї особи (ч. 1 ст. 511 ЦК України), виникнення таких обов'язків у третіх осіб можливе винятково за згодою останніх. Така згода повинна надаватися водночас з вираженням ними наміру скористатися наданим їй на підставі договору правом.

Особливістю договорів на користь третіх осіб є й те, що законодавець передбачає спеціальні обмеження, які стосуються

<sup>273</sup> Беневоленская З. Э. Доверительное управление имуществом в сфере предпринимательства / З. Э. Беневоленская. – 2-е изд., перероб. и доп. – М. : Волтерс Клувер, 2005. – С. 119.

<sup>274</sup> Кузьмич О. Я. Договоры на користь третіх осіб у цивільному праві України : монографія / О. Я. Кузьмич. – Івано-Франківськ : Вид-во Прикарпат. нац. ун-ту ім. В. Стефаника, 2014. – С. 296.

їх зміни та розірвання. Як передбачено ч. 3 ст. 636 ЦК України з моменту вираження третьою особою наміру скористатися своїм правом сторони не можуть розірвати або змінити договір без згоди третьої особи, якщо інше не встановлено договором або законом. Такі обмеження спрямовані передусім на захист інтересів третіх осіб, які після вираження ними наміру скористатися наданим їм правом розраховують на отримання відповідної вигоди та користі, після чого можуть вступити в інші цивільні правовідносини.

Аналіз ч. 3 ст. 636 ЦК України свідчить про наступне: слова «якщо інше не передбачено законом», які містяться в цій правовій нормі, повинні стосуватися саме зміни та розірвання договорів на користь третіх осіб, а не зміни та розірвання договорів в цілому (при чому незалежно від способу їх зміни чи розірвання), оскільки в останньому випадку такі правові норми щодо договорів на користь третіх осіб повинні застосовуватися відповідно до ч. 3 ст. 636 ЦК України.

ЦК України, що привертає до себе увагу, передбачаючи зміну та розірвання договору виключно за згодою третьої особи після вираження нею наміру скористатися наданим їй правом, якщо інше не передбачено договором або законом, не передбачає випадків, за наявності яких сторони можуть у судовому порядку змінити та розірвати договір без згоди третьої особи.

Специфіка конструкції договору на користь третьої особи дозволяє стороні, яка уклала договір, скористатися правом, від якого відмовилася третя особа. Загалом ч. 4 ст. 636 ЦК України не встановлює будь-яких обмежень стосовно можливості відмови третьої особи від наданого їй права, у зв'язку з чим третя особа може відмовитись від свого права незалежно від вираження нею наміру скористатися ним. Необхідно звернути увагу, що третя особа може відмовитись від наданого їй права тільки в тому випадку, коли вона буде знати, що в неї таке право існує. Прийняття виконання зобов'язання третьою особою свідчить про реальне його виконання. Інакше кажучи, прийнявши виконання третя особа уже не може відмовитись від наданого їй права. Отож, особа, про яку йдеться, може

відмовитись від наданого їй права тільки до прийняття виконання та під час прийняття виконання.

В силу специфіки договору на користь третьої особи остання може відмовитися винятково від наданого їй права вимоги, а не від договору загалом. Право відмовитися від договору належить винятково сторонам договору, а третя особа, як уже відзначалося, не є стороною договору.

Частина 4 ст. 636 ЦК України також дозволяє стороні, яка уклала договір, скористатися правом, від якого відмовилася третя особа, якщо інше не впливатиме із суті договору. У цьому випадку, як свідчить аналіз загальних положень ст. 636 ЦК України, виконання боржником договору і надалі має здійснюватися на попередніх договірних умовах, якщо сторони не домовляться про зміну умов договору. Таким чином, відмова третьої особи від наданого їй права є юридичним фактом, з настанням якого в сторони, яка уклала договір, виникає можливість скористатися правом, від якого відмовилася третя особа. Таку можливість умовно можна назвати як «право на право», конструкція якого дозволяє особі, яка уклала договір, скористатися правом, від якого відмовилася третя особа. Таким чином, реалізація аналізованого права дозволить особі, яка уклала договір, отримати виконання, яке передбачалося для третьої особи.

Особливу увагу до себе привертає те, що сторона, яка уклала договір, може скористатися правом третьої особи тільки у тому випадку, якщо остання відмовилася від нього. Тому, якщо третя особа, наприклад, ще не виразила наміру скористатися наданим їй за договором правом, але й при цьому не відмовилася від такого права, в сторони, яка уклала договір, не має можливості скористатися правом третьої особи, якщо інше не буде передбачено в договорі.

Договір на користь третьої особи, як уже відзначалося, може бути укладеним як на користь встановленої, так і не встановленої третьої особи (ч. 1 ст. 636 ЦК України). Однак, у разі укладення договору на користь невстановленої третьої особи в сторони, яка уклала договір, можливість скористатися правом третьої особи може виникнути тільки за наявності складу юридичних

фактів, а саме встановлення третьої особи та її відмови від наданого їй права.

Виникнення такої можливості в особи, яка уклала договір, залежить також і від специфіки укладеного договору на користь третьої особи, оскільки, як передбачено ч. 4 ст. 636 ЦК України, якщо третя особа відмовилася від права, наданого їй на підставі договору, сторона, яка уклала договір на користь третьої особи, може сама скористатися цим правом, якщо інше не випливає із суті договору.

Слід відзначити, що після вираження наміру скористатися правом третьої особи, особа, яка уклала договір, і надалі залишається стороною договору, незважаючи на те, що користується правом третьої особи. У такому випадку, необхідно констатувати той факт, що особа, яка уклала договір, користується як правами третьої особи, так і правами сторони договору. А це означає, що вона при цьому може здійснювати як права та обов'язки сторони договору, так і права третьої особи. З огляду на зазначене необхідно відмежовувати здійснення прав третьої особи від здійснення прав сторони договору особою, яка уклала договір.

Виходячи із особливостей даного договору виникає необхідність у його відмежовуванні від інших суміжних правових конструкцій.

Так, договір на користь третьої особи слід відмежовувати від договору про відступлення права вимоги (*cessio*), яким опосередковується перехід прав кредиторів до третіх осіб. Договір про відступлення права вимоги (*cessio*), як відомо, укладається з метою заміни активної сторони у зобов'язанні – кредитора, в той час як заміна кредитора (особи, яка уклала договір) не є метою укладення договору на користь третьої особи. Метою укладення такого договору є надання прав третім особам, реалізувавши які, вони матимуть можливість отримати вигоду й користь від договору, щодо укладення якого вони не брали участі.

Право, яке виникає у третіх осіб на підставі договору про відступлення права вимоги (*cessio*) за своєю суттю є вторинним, тобто таким, яке виникає внаслідок переходу від первісного

кредитора, а не безпосередньо на підставі первинного договору. Водночас право третьої особи, на користь якої укладений договір, є первинним, а не вторинним, оскільки воно виникає в силу особливостей цієї договірної конструкції, а не внаслідок його переходу від сторони, яка уклала договір (кредитора). З огляду на зазначене, виникнення права вимоги у третьої особи не є підставою для заміни особи, яка уклала договір. Як випливає із ч. 2 ст. 636 ЦК якщо інше не передбачено договором чи законом або не випливає із суті договору, крім третьої особи правом вимоги володіє і особа, яка уклала договір. Тобто третя особа не замінює особу, яка уклала договір (кредитора), вони існують паралельно як самостійні суб'єкти цієї договірної конструкції.

При укладенні досліджуваного договору кредитор не залишає зобов'язання, а третя особа не стає стороною, що є притаманним *cessio*, згідно з якою третя особа стає стороною в зобов'язанні.

Договір на користь третьої особи слід також відмежовувати й від багатосторонніх договорів. Як відзначив І. В. Кісель відмінність між договірними зобов'язаннями з участю третіх осіб та зобов'язаннями з багатосторонніх угод проявляється передусім в підставах їх виникнення, незважаючи на те, що кожне з цих зобов'язань виникає з договорів. В учиненні однієї багатосторонньої угоди беруть участь всі особи, які в майбутньому стають сторонами зобов'язання, яке виникає з такої угоди, при чому способом вираження волі кожної із сторін при укладенні такого договору в письмовій формі є його підписання. Для зобов'язань з договорів на користь третіх осіб, як відзначає автор, це не є характерним, третя особа бере участь в зобов'язанні (тобто впливає на його динаміку шляхом реалізації прав або виконання обов'язків, які пов'язують її з однією із сторін у зобов'язанні), однак не в домовленості, із якої виникає це зобов'язання<sup>275</sup>. Безумовно, із сказаним не можна не

<sup>275</sup> Кісель І. В. Обязательства с участием третьих лиц : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. / Кісель Ігорь Владимирович. – М., 2003. – С. 53-54.



погодитись, оскільки, як відомо, однією із особливостей договору на користь третьої особи є те, що остання не бере участі в його укладенні ні безпосередньо, ні опосередковано, а це означає, що тільки контрагенти досліджуваного договору є безпосередніми учасниками всіх стадій, які є необхідними для укладення такого договору, зокрема йдеться про оферту та акцепт.

Відмінність між цими договірними конструкціями полягає також й в інтересі, який переслідується кожним із контрагентів при укладенні порівнюваних договорів. Зокрема, змістом інтересу сторони, яка укладає договір, є потреба в задоволенні благ інших осіб, тобто осіб, які не беруть участі при укладенні такого договору ні безпосередньо, ні опосередковано, що не є характерним для багатосторонніх договорів, оскільки за багатостороннім договором кожен із контрагентів, укладаючи такий договір, переслідує власний інтерес, змістом якого є потреба в задоволенні своїх благ, а не благ інших осіб.

Крім того, на відміну від багатостороннього договору, де кожен із його контрагентів може бути носієм і прав, і обов'язків, за договором на користь третьої особи в останньої можуть виникати винятково суб'єктивні права, і тільки в окремих випадках юридична природа таких договорів, як уже відзначалося, може допускати виникнення окремих обов'язків.

Договори на користь третіх осіб не є суміжними й з посередницькими договорами, незважаючи на те що посередник (послугонадавач), здійснюючи діяльність в інтересах кредитора (послугоотримувача), може діяти від власного імені. Так, за договором про надання посередницьких послуг посередник (послугонадавач) зобов'язується здійснити в межах наданих повноважень певну діяльність шляхом вчинення дій фактичного і/або юридичного характеру в інтересах кредитора (послугоотримувача) і за його рахунок<sup>276</sup>. Посередницький

<sup>276</sup> Васильєва В. А. Цивільно-правове регулювання діяльності з надання посередницьких послуг : монографія / Валентина Антонівна Васильєва. – Івано-Франківськ : ВДВ ЦІТ

договір є родовим поняттям, його різновидами є посередницькі договори: комісії, консигнації, доручення, управління майном, агентські угоди<sup>277</sup>.

Відмежовуючи посередницькі договори від договорів на користь третіх осіб, В. А. Васильєва зауважила наступне: «у конструкціях договорів на користь третьої особи саме виконання відбувається не контрагенту, а іншій особі, зазначеній у договорі. Право вимагати такого виконання належить як третій особі, так і стороні договору. Виконавцю договору байдуже, кому здійснити виконання, це лежить поза межами його інтересу. У посередницькому договорі виконання здійснюється учаснику посередницького договору, і тільки він вправі вимагати вчинення окреслених договором дій. Особливість полягає у тому, що саме виконання передбачає вступ у правовідносини з третіми особами. Якраз «таким» виконанням задовольняється інтерес контрагента»<sup>278</sup>.

Незважаючи на те, що послугонадавач, здійснюючи діяльність в інтересах послугоотримувача, може виступати і від власного імені, тим не менше діє в межах наданих повноважень. Як уже зазначалося, особи, укладаючи договори на користь третіх осіб, діють також від власного імені, але без відповідних повноважень. Для отримання послугоотримувачеві вигоди, про якого йдеться в договорі про надання посередницьких послуг, необхідно, щоб послугонадавач вчинив правочини з третіми особами, в той час як третій особі, на користь якої укладений

Прикарпатського національного університету ім. В. Стефаника, 2006. – С. 310.

<sup>277</sup> Сальнікова Г. І. Правове регулювання посередництва в підприємницькій діяльності : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Г.І.Сальнікова. – Харків, 2003. – С. 10.

<sup>278</sup> Васильєва В. А. Цивільно-правове регулювання діяльності з надання посередницьких послуг : монографія / Валентина Антонівна Васильєва. – Івано-Франківськ : ВДВ ЦІТ Прикарпатського національного університету ім. В. Стефаника, 2006. – С. 107.

договір, для отримання таких вигод достатньо самого договору. Крім того, в послугоотримувача, в інтересах якого послугонадавач (посередник) здійснює діяльність, вступаючи в правовідносини з третіми особами, можуть виникати не тільки права, але й обов'язки, в той час як у третьої особи на підставі договору, укладеного на її користь, можуть виникати тільки права. Отож, особа, яка укладає договір на користь третьої особи, не є посередником останньої.

### 3.2.4. Попередній договір

Конструкція попереднього договору зародилася і отримала свій розвиток за часів Стародавнього Рима у вигляді угоди, що надає право вимоги укладення основного договору лише одній стороні попереднього договору. В роботах римських юристів (Гая, Ульпіана та ін.), а пізніше – в роботах німецьких пандектистів XVIII-XIX ст. (зокрема, Г. Дернбурга, Г. Пухти) дана модель попереднього договору була розглянута на достатньо високому теоретичному рівні. В ході історичного розвитку законодавство різних європейських держав напряду закріпили можливість використання попереднього договору в цивільному і торговому обороті, проте в багатьох випадках – лише стосовно окремих видів основних договорів<sup>279</sup>.

В радянський період розвитку цивільного законодавства теорія і практика не відкидали наявності попередніх договорів і здійснення відповідних операцій, але в той же час не було і прямо встановлюючих норм, що дають право їх укладати<sup>280</sup>. Відповідно, в цей час роботи, присвячені інституту попереднього договору, носили швидше характер виключення. Не в останню чергу це було обумовлено наявністю вельми скромного регулювання даних відносин на рівні актів

<sup>279</sup> Васильєв А.В. Предварительный договор в праве России и США. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Васильев Алексей Владимирович. – М., 2007. – 24 с.; с. 5-7

<sup>280</sup> Каримов М.Р. Правовая характеристика предварительного договора в гражданском праве России / М.Р. Каримов // Российский судья. – 2002. – № 4. – С.33-40; с.36.

цивільного законодавства, хоча в окремих підзаконних актах попередній договір згадувався як конструкція *ad hoc*<sup>281</sup>. Тим не менше, як відзначає О.М. Клименко, навіть у періоди, коли норми, які регулюють укладення попереднього договору, були відсутні, цивілістична наука визнавала можливість його укладення і вчені не залишали без уваги інститут попереднього договору<sup>282</sup>.

Зокрема відповідні науково-теоретичні дослідження здійснювалися і в радянській літературі; так, крім окремих публікацій ряду авторів (М.М. Агаркова, М.І. Брагінського), фундаментальним спеціальним теоретичним дослідженням попереднього договору стала монографія І.Б. Новицького „Зобов'язання укласти договір” (1947 р.), в якій на основі аналізу наукових конструкцій, що пропонувалися в зарубіжній юридичній літературі, автор прийшов до висновку про наявність практичної потреби в попередньому договорі<sup>283</sup>.

Не залишаються осторонь і сучасні вітчизняні дослідники, зокрема питання попереднього договору на дисертаційному рівні досліджували О.М. Клименко, Ю.Є. Скакун<sup>284</sup>. Можна

<sup>281</sup> Васильєв А.В. Предварительный договор в праве России и США. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Васильев Алексей Владимирович. – М., 2007. – 24 с.; с. 6-7.

<sup>282</sup> Клименко О.М. Попередній договір в цивільних відносинах: теорія і практика. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Клименко Олексій Миколайович. – К., 2010. – 18 с.; с. 3, Шанаурина Ю.І. Институт предварительного договора в гражданском праве России. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Шанаурина Юлия Викторовна. – Тюмень, 2006. – 24 с., с. 4

<sup>283</sup> Меньшенин П.А. Предварительный договор в российском гражданском праве. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Меньшенин Павел Александрович. – М., 2011. – 26 с.; С. 4-5

<sup>284</sup> Клименко О.М. Попередній договір в цивільних відносинах: теорія і практика. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Клименко Олексій Миколайович. – К., 2010. – 18 с., Скакун Ю.Є. Попередній договір за цивільним законодавством України. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Скакун Юрій Євгенійович. – Харків, 2013. – 20 с.

також відзначити розробку даної договірної конструкції в окремих пострадянських країнах<sup>285</sup>

На практиці і в радянський період, і в наш час до прийняття ЦК України від 16.01.2003 року попередні договори все ж таки укладалися, а саме питання про допустимість їх укладення не викликало сумнівів, оскільки визналася можливість виникнення цивільних прав і обов'язків з угод як передбачених законом, так і ним не передбачених, але таких, що йому не суперечать. Як і щодо всіх інших непередбачених цивільним законодавством договірних конструкцій, до попередніх повинні були застосовуватися статті, включені в підрозділ „Загальні положення про зобов'язання”; зокрема не було жодних сумнівів в тому, що ухилення сторони від укладення основного договору є звичайним порушенням зобов'язання (договору) і повинно

<sup>285</sup> Васильев А.В. Предварительный договор в праве России и США. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Васильев Алексей Владимирович. – М., 2007. – 24 с.; Каримов М.Р. Роль предварительного договора в формировании договорных условий участников гражданского оборота. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Каримов Марат Рауфович. – М., 2002. – 26 с.; Шанаурина Ю.В. Институт предварительного договора в гражданском праве России. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Шанаурина Юлия Викторовна. – Тюмень, 2006. – 24 с.; Меньшенин П.А. Предварительный договор в российском гражданском праве. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Меньшенин Павел Александрович. – М., 2011. – 26 с.; Максименко А. В. Предварительный договор в обязательствах отдельных видов купли-продажи : вопросы правового регулирования и практики применения. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Максименко Александр Васильевич. – М., 2013. – 22 с.; Майдаровский Д.В. Предварительный договор и заключение основного договора в российском гражданском праве. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Майдаровский Дмитрий Владимирович. – Ростов-на-Дону., 2011. – 28 с.; Салимзянов Б.И. Обеспечительная функция предварительного договора в сфере оборота недвижимости. Автореф. дис. ... соискание канд. юрид. наук: 12.00.03 / Салимзянов Булат Ильдарович. – М., 2013. – 24 с.

тягнути за собою відшкодування заподіяних збитків<sup>286</sup>. Іноді на практиці попередній договір намагалися „підмінити” іншими договірними конструкціями, які були передбачені діючим на той час законодавством, зокрема договором про завдаток.

Однією із новел Цивільного кодексу України від 16.01.2003 року, в порівнянні з Цивільним кодексом УРСР від 18.07.1963 року, було закріплення у статті 635 ЦК положень, котрі регулювали питання укладення, виконання та припинення попереднього договору.

Однак, як відзначається у літературі, положення вітчизняного законодавства стосовно попереднього договору достатньо лаконічні, що обумовлює ряд спірних питань науково-теоретичного та практичного характеру. Так, в даний час відсутнє чітке розуміння місця попереднього договору в системі договірних зобов'язань; відсутнє остаточне вирішення питання про правову природу зобов'язання укласти договір (а саме, про його майновий або немайновий характер, чи пов'язане дане зобов'язання з особою кредитора (боржника); залишається спірним питання, вчинення яких дій може складати предмет попереднього договору; виникають питання про співвідношення юридичного складу і передумов дійсності попереднього і основного договорів<sup>287</sup>.

За визначенням, що міститься у частині 1 статті 635 ЦК України, попереднім є договір, сторони якого зобов'язуються протягом певного строку (у певний термін) укласти договір в майбутньому (основний договір) на умовах, встановлених попереднім договором. Для порівняння, молдовське законодавство, передбачаючи можливість укладення попередніх договорів (так, п. „d” ч. 2 ст. 508 ЦК Республіки Молдова передбачає реєстрацію таких договорів щодо нерухомого майна), проте не містить відповідного визначення,

<sup>286</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. 2-е изд. Кн. 1 / Брагинский М.И., Витрянский В.В. – М.: Статут, 2003. – 848 с.; с. 229-230

<sup>287</sup> Меньшенин П.А. Предварительный договор в российском гражданском праве. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Меньшенин Павел Александрович. – М., 2011. – 26 с., с. 3

обмежившись положеннями ч. 3 ст. 679 ЦК Республіки Молдова: договором може породжуватися зобов'язання укласти договір<sup>288</sup>.

За визначенням О.М. Клименка, попередній договір – це договір, сторони якого зобов'язуються протягом одного року, якщо інший строк (певний термін) не визначено сторонами у такому договорі, укласти договір у майбутньому (основний договір) на умовах, встановлених попереднім договором, проте відповідний строк (термін) може бути пролонговано за домовленістю сторін<sup>289</sup>. За іншим визначенням, попередній договір – це угода приватних осіб, які добровільно прийняли на себе зобов'язання щодо укладення основного договору в майбутньому<sup>290</sup>.

В літературі зобов'язання укласти договір характеризується рядом ознак, які, тим не менше, мають дискусійний характер:

1) за своєю сутністю попередній договір є підготовчим (організаційним) договором.

Так, законодавець чітко розмежував попередні договори та інші акти про наміри, що можуть складатися сторонами в процесі переговорів, якщо останні не містять волевиявлення сторін щодо надання їм сили попереднього договору, то вони не вважаються попереднім договором, а тому й не породжують зобов'язань сторін (ч.4 ст. 635 ЦК України), проте можуть братися до уваги в майбутньому при тлумаченні умов основного договору (ст. 213, 637 ЦК України). Таким чином попередній договір як такий, що містить зобов'язання укласти в майбутньому основний договір, в літературі розглядається як

<sup>288</sup> Гражданский кодекс Республики Молдова от 06.06.2002 года / Законодательство Республики Молдова // [Електронний ресурс] – режим доступу: <http://lex.justice.md/>

<sup>289</sup> Клименко О.М. Попередній договір в цивільних відносинах: теорія і практика. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Клименко Олександр Миколайович. – К., 2010. – 18 с., с. 7-9.

<sup>290</sup> Васильев А.В. Предварительный договор в праве России и США. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Васильев Алексей Владимирович. – М., 2007. – 24 с.; с. 4.

дозволений законом спосіб часткового обмеження свободи договору, як засіб побудови договірних зв'язків, як інструмент переговорного процесу, як спосіб забезпечення укладення договору, як база для введення в господарський оборот права на укладення договору (особливого об'єкту цивільних прав)<sup>291</sup>. Зокрема можна зустріти точку зору, згідно якої зобов'язання укласти договір виконує забезпечувальну функцію, є способом забезпечення зобов'язання (забезпечувальною мірою), оскільки встановлюється за згодою сторін, є підставою для виникнення основного зобов'язання, існує у вигляді акцесорного (додаткового) зобов'язання і стимулює боржника до виконання зобов'язання у разі його неспроможності<sup>292</sup>. В свою чергу вважаємо, що попередній договір достатньо умовно можна розглядати в якості засобу забезпечення основного договору, водночас можна погодитися з твердженням, що він дозволяє створити правовий зв'язок, спрямований на укладення основного договору, включаючи дії по усуненню юридичних перешкод для укладення основного договору<sup>293</sup>.

Вказане, крім іншого, означає визнання самостійності попереднього договору як окремого виду зобов'язання. Загалом в літературі вказується, що думки вчених про правову природу

<sup>291</sup> Васильев А.В. Предварительный договор в праве России и США. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Васильев Алексей Владимирович. – М., 2007. – 24 с., с. 15-16; Майдаровский Д.В. Предварительный договор и заключение основного договора в российском гражданском праве. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Майдаровский Дмитрий Владимирович. – Ростов-на-Дону, 2011. – 28 с., с. 4.

<sup>292</sup> Шанаурина Ю.В. Институт предварительного договора в гражданском праве России: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Шанаурина Юлия Викторовна. – Тюмень, 2006. 165 с.; с. 72; Салимзянов Б.И. Обеспечительная функция предварительного договора в сфере оборота недвижимости. Автореф. дис. ... соискание канд. юрид. наук: 12.00.03 / Салимзянов Булат Ильдарович. – М., 2013. – 24 с.

<sup>293</sup> Меньшенин П.А. Предварительный договор в российском гражданском праве. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Меньшенин Павел Александрович. – М., 2011. – 26 с.; с. 20.

попереднього договору можна розділити на дві групи: „негативну теорію попереднього договору” і „позитивну теорію попереднього договору”. Суть негативної теорії попереднього договору полягає в тому, що попередній договір, спираючись на різну аргументацію, ототожнюється з основним договором (Р. Демог, Ж. Алгер и З. Шлоссмана, А. Вон Тур, Г. Герцог та ін.); в рамках позитивного підходу до попереднього договору визнається його самостійний характер<sup>294</sup>.

Однак визнання самостійності попереднього договору обумовлює питання про його місце в системі договорів і однастайності між науковцями, які визнають таку самостійність даних договорів, з цього питання немає: одні науковці вказують, що попередній договір утворює самостійний вид договірних зобов'язань, що входить до групи цивільно-правових договорів щодо спільного ведення справ<sup>295</sup>, інші – відносять його до так званих „організаційних договорів”<sup>296</sup>. На думку Ю.Є. Скакуна, попередній договір займає унікальне місце в системі цивільно-правових договорів: з одного боку, він відрізняється від усіх тих, договорів, які передбачені особливою частиною зобов'язального права тим, що характер породжуваних ним відносин не має майнового характеру, а сам він не спрямований на безпосереднє задоволення майнових інтересів учасників цивільних правовідносин, з іншого – від таких договорів, як договір на користь третьої особи, договір приєднання та публічний договір, оскільки на відміну від них має власний предмет та породжує окреме зобов'язання<sup>297</sup>.

<sup>294</sup> Меньшенин П.А. Предварительный договор в российском гражданском праве. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Меньшенин Павел Александрович. - М., 2011. - 26 с., с. 7

<sup>295</sup> Там же. - С. 14.

<sup>296</sup> Каримов М.Р. Роль предварительного договора в формировании договорных условий участников гражданского оборота. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Каримов Марат Рауфович. - М., 2002. - 26 с., 4-7 с.

<sup>297</sup> Скакун Ю.Є. Попередній договір за цивільним законодавством України. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Скакун Юрій Євгенійович. - Харків, 2013. - 20 с.

Також в літературі пропонується виділяти певні підвиди попередніх договорів, зокрема ознаками попереднього договору наділяють установчі договори про створення юридичної особи як такі, що зобов'язують до вчинення багатостороннього правочину, спрямованого на затвердження статуту юридичної особи<sup>298</sup>; на думку Н. Реутової, до видів попередніх договорів, застосовуваних на практиці, можна віднести форвардний контракт, ф'ючерсний контракт та опціон, об'єднані загальним поняттям – деривативи<sup>299</sup>. С.О. Бородовський вважає, що у відносинах по наданню готельних послуг заявка на бронювання місць у готелі носить характер попереднього договору; також ним відзначається, що деякі дослідники пропонують розглядати договір перевезення вантажу у формі чартеру як договір, за яким сторони зобов'язуються укласти в майбутньому договір морського перевезення, тобто як попередній договір про укладення договору морського перевезення<sup>300</sup>.

2) предметом договору є зобов'язання сторін вчинити дії, пов'язані з укладенням основного договору. Виходячи із змісту частини 1 статті 635 ЦК України, предметом попереднього договору є зобов'язання сторін протягом певного строку чи у певний термін укласти основний договір на визначених умовах.

Загалом що стосується предмету попереднього договору, то він опосередковує зобов'язання сторін щодо укладення основного договору. В літературі відзначається певна своєрідність таких зобов'язань; зокрема вказується, що більшість цивільно-правових договорів будуються за принципом „ти - мені, я – тобі”; в цьому випадку кожна із сторін має інтерес в тому, що може отримати від іншої сторони, а зобов'язання сторін є зустрічними і існують одне заради іншого.

<sup>298</sup> Козлова Н.В. Правосубъектность юридического лица. М., 2005 // СПС Консультант-Плюс.

<sup>299</sup> Реутова Н. Попередні договори / Н. Реутова // Юридичний журнал. - 2005. - № 2. - С. 28-31, с. 29-30.

<sup>300</sup> Бородовський С. О. Укладення, зміна та розірвання договору в цивільному праві України: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Бородовський Станіслав Олександрович. - Івано-Франківськ, 2005. - 211 с., с. 111

Попередній договір не відповідає такому опису, оскільки його сторони мають загальний інтерес - укладення основного договору, а їх зобов'язання не мають зустрічного характеру, так як разом спрямовані на виникнення основного договору, оскільки у даному випадку лише сумісні дії кожної із сторін можуть породити результат, до якого вони прагнуть<sup>301</sup>.

При цьому слід підкреслити, що українське законодавство не містить обмежень щодо виду основних договорів, зобов'язання щодо укладення яких може складати предмет попереднього договору.

2) зобов'язання, що випливає із попереднього договору, не є майновим, хоча й спрямоване на створення зобов'язання з майновим змістом. Так, на думку Ю.Є. Скакуна, правовідносини, що породжуються попереднім договором, є за своєю природою та характером зобов'язанням особливого роду - з одного боку, організаційним, з іншого - немайновим, хоча і спрямоване в деяких випадках на створення майнового зобов'язання<sup>302</sup>.

В цілому ж літературі відзначається, що попередній договір виділяється серед інших договорів саме особливим предметом, до якого відносяться дії сторін, спрямовані на укладення основного договору, а самі ж дії, вчинення яких передбачається основним договором, утворюють предмет основного договору і не можуть здійснюватися за попереднім договором. Водночас ряд науковців вважає, що виключення з вказаного складає передача майна, що є необхідною для укладення реального договору<sup>303</sup>.

<sup>301</sup> Меньшенин П.А. Понятие и предмет предварительного договора: основные подходы теории и практики // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. - № 1. - 2011. - С. 30-48, с. 32

<sup>302</sup> Скакун Ю.Є. Попередній договір за цивільним законодавством України. Автореф. дис ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Скакун Юрій Євгенійович. - Харків, 2013. - 20 с., с. 3-5.

<sup>303</sup> Меньшенин П.А. Понятие и предмет предварительного договора: основные подходы теории и практики // Вестник Высшего

Що стосується останнього, то слід вказати, що в літературі, присвяченій попередньому договору, ведеться дискусія про його застосовуваність щодо реальних договорів, при цьому допустимість попереднього договору про укладення в майбутньому консенсусного договору сумнівів не викликає<sup>304</sup>.

На нашу думку, закріплення в рамках попередніх договорів зобов'язань щодо укладення реальних договорів цілком можливе виходячи з наступного. В першу чергу, ми можемо спостерігати „розмивання” традиційних уявлень про характер ряду договорів, які було прийнято розглядати як реальні. Так, договір дарування може закріплювати обов'язок передати в майбутньому обдаровуваному дарунок у власність (ч. 1 ст. 717, 723 ЦК України); аналогічно, кредитний договір як різновид договору позики також має консенсуальний характер (ст. 1054 ЦК України). По-друге, саме потреби практики правового регулювання обумовлюють ускладнення та розширення існуючої системи договірних зобов'язань. Тому навряд чи міркування науково-теоретичного характеру можна розглядати як підставу для перешкоджання укладенню на практиці тих чи інших договорів за умови, що це не суперечить законодавству.

На думку С.О.Бородовського, в основі попереднього договору лежить зобов'язання про укладення основного договору в майбутньому на визначених умовах, але він не може регулювати відносини сторін: встановлювати, змінювати і припиняти права та обов'язки, які передбачені в основному договорі<sup>305</sup>. Ю.Є. Скакун вважає за необхідне визнати можливість укладення таких попередніх договорів, предметом

Арбитражного Суда Российской Федерации. - № 1. - 2011. - С. 30-48, с. 37

<sup>304</sup> Меньшенин П.А. Понятие и предмет предварительного договора: основные подходы теории и практики // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. - № 1. - 2011. - С. 30-48 с. 43

<sup>305</sup> Бородовський С. О. Укладення, зміна та розірвання договору в цивільному праві України: Дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 03 / Бородовський Станіслав Олександрович. - Івано-Франківськ, 2005. - 211 с., с. 111

яких є укладення в майбутньому реальних договорів, за умови виключення можливості застосування такого правового наслідку порушення зобов'язання, що виникає на підставі попереднього договору, як примусове виконання обов'язку в натурі<sup>306</sup>. Виходячи з викладеного, в свою чергу вважаємо, що попередній договір передбачати зобов'язання про передачу майна як необхідний елемент для укладення основного договору, проте він не може регулювати подальші відносини, які випливають із такої передачі майна.

З іншого боку, існує підхід, за якого конструкція „попередній договір, що передбачає укладення реального договору” розглядається як єдиний договір. Зокрема в окремих правових системах, які допускають укладення попереднього договору реальної позики, попередній і основний договори розглядаються як один договір, який ряд дослідників називають консенсуальним; існує припущення, з цієї причини правові системи Швеції і Німеччини дійшли до консенсуальної моделі позики<sup>307</sup>.

3) зобов'язання укласти договір вимагає особистого виконання і нерозривний пов'язане з особами боржника і кредитора.

Поширеність думки про немайновий характер попереднього договору логічно обумовлює думку про те, що зобов'язання за таким договором (укласти основний договір) нерозривно пов'язані з особами його сторін, а тому не може мати місце заміна сторін. Так, свого часу ще Г. Дербург вказав на неможливість цесії стосовно вимог з *pacta de contrahendo*, оскільки не можна вимагати від боржника всупереч його волі укласти основний договір з іншою особою, ніж це спочатку

<sup>306</sup> Скакун Ю.Є. Попередній договір за цивільним законодавством України. Автореф. дис ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Скакун Юрій Євгенійович. – Харків, 2013. – 20 с., с. 15-18.

<sup>307</sup> Меньшенин П.А. Понятие и предмет предварительного договора: основные подходы теории и практики // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – № 1. – 2011. – С. 30-48, с. 44-45

передбачалося; вказане впливає із принципів свободи договору і неприпустимості втручання в приватні справи<sup>308</sup>.

Тим не менше, чинне українське законодавство на даний час не дає чіткої відповіді на дане питання, а думки науковців з цього приводу різняться.

4) зобов'язання укласти договір закріплює істотні умови основного договору або ж порядок їх узгодження.

Як відзначив з даного питання С.О. Бородовський, співвідношення попереднього і основного договору розглядається у світлі двох концепцій, відповідно до першої - ці договори дуже близькі за своєю правовою природою, оскільки в попередньому договорі повинні міститися всі істотні умови основного договору і ці повинні здійснюватись в однаковій формі. Особливістю є те, що попередній договір містить зобов'язання укласти остаточний договір, а в силу попереднього договору сторони не повинні здійснювати дії, що є предметом остаточного договору. Згідно до положень другої концепції, попередній договір не повинен містити істотні умови основного договору, оскільки він є стадією укладення остаточного договору<sup>309</sup>.

Загалом думки з даного питання висловлюються достатньо різнопланові та з різною аргументацією. Так, з одного боку, достатньо справедливо відзначається, що в багатьох випадках учасники попереднього договору не мають наміру наперед зв'язувати себе всіма положеннями основного договору, їм необхідна певна свобода маневру, у тому числі і у визначенні істотних умов основного договору в майбутньому; закріплення всіх умов основного договору позбавляє попередній договір цієї

<sup>308</sup> Меньшенин П.А. Понятие и предмет предварительного договора: основные подходы теории и практики // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – № 1. – 2011. – С. 30-48, с. 34

<sup>309</sup> Бородовський С. О. Укладення, зміна та розірвання договору в цивільному праві України: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Бородовський Станіслав Олександрович. - Івано-Франківськ, 2011. – 211 с., с. 111

гнучкості<sup>310</sup>. З іншого боку пропонується стосовно попереднього договору розмежовувати конструкцію, що передбачає узгодження всіх істотних умов майбутнього основного договору і обумовлює можливість вимагати примусового виконання обов'язку в натурі щодо укладення такого договору, та конструкцію, яка передбачає можливість стягнення збитків з сторони, що ухиляється від укладення договору, коли узгоджені лише умови про укладення основного договору і про його предмет<sup>311</sup>; тобто наголос робиться на тому, що узгодження всіх істотних умов основного договору обумовлює можливість звернення до суду щодо примусового виконання обов'язку в натурі.

Якщо ж виходити з положень чинного законодавства, то істотні умови основного договору, що не встановлені попереднім договором, погоджуються у порядку, встановленому сторонами у попередньому договорі, якщо такий порядок не встановлений актами цивільного законодавства (ч. 1 ст. 635 ЦК України). Таким чином, формально вимога закріплювати у попередньому договорі всі істотні умови основного договору відсутні. Водночас слід звернути увагу на дослідження Ю.Є. Скакуна щодо кола істотних умов попереднього договору; на думку даного дослідника, для того, щоб попередній договір вважався укладеним, сторонам необхідно узгодити: а) умови про предмет попереднього договору, яка полягає у зазначенні сторонами того, який саме договір має бути укладений; б) умови про строк (термін) укладення такого договору; в) умови про предмет основного договору<sup>312</sup>.

<sup>310</sup> Каримов М.Р. Правовая характеристика предварительного договора в гражданском праве России / М.Р. Каримов // Российский судья. – 2002. – № 4. – С. 7-9, с. 8-9.

<sup>311</sup> Майдаровский Д.В. Предварительный договор и заключение основного договора в российском гражданском праве. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Майдаровский Дмитрий Владимирович. – Ростов-на-Дону., 2011. – 28 с., с. 18

<sup>312</sup> Скакун Ю.Є. Попередній договір за цивільним законодавством України. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Скакун Юрій Євгенійович. – Харків, 2013. – 20 с., с. 5-7.

5) укладається з дотриманням форми, встановленої законом для основного договору, а якщо такої не встановлено - у письмовій формі (ч. 1 ст. 635 ЦК України).

Як відомо, чинне законодавство передбачає дві форми вчинення правочинів: усну та письмову (ч. 1 ст. 205 ЦК України). При цьому нотаріальне посвідчення договору чи його державна реєстрація формально не є вимогами стосовно форми договору. Відповідно, серед науковців і практиків відсутня єдина точка зору, чи потрібно здійснювати нотаріальне посвідчення та/або державну реєстрацію попереднього договору, якщо такі вимоги встановлено щодо основного договору.

З одного боку, поширеною є думка, що форма попереднього не може бути „слабшою” ніж та, що встановлена в законі для основного договору<sup>313</sup>. Відповідно, пропонується попередній договір підпорядкувати основному договору не тільки за правилами оформлення, але і встановити в законі необхідність державної реєстрації попереднього договору, що передбачає обов'язок укласти основний договір, який підлягає державній реєстрації<sup>314</sup>. Для прикладу можна вказати, що законодавство Республіки Молдова передбачає обов'язковість державної попередніх договорів щодо нерухомого майна (п. „d” ч. 2 ст. 508 ЦК Республіки Молдова)<sup>315</sup>.

На противагу цьому обґрунтовується неприпустимість розширювального тлумачення правил про форму попереднього договору, в результаті чого відбувається неправомірне розпоясування вимог цивільного законодавства щодо

<sup>313</sup> Васильев А.В. Предварительный договор в праве России и США. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Васильев Алексей Владимирович. – М., 2007. – 24 с., с. 15-16.

<sup>314</sup> Каримов М.Р. Роль предварительного договора в формировании договорных условий участников гражданского оборота. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Каримов Марат Рауфович. – М., 2002. – 26 с., с. 14-17.

<sup>315</sup> Гражданский кодекс Республики Молдова от 06.06.2002 года / Законодательство Республики Молдова // [Електронний ресурс] – режим доступу: <http://lex.justice.md/>



здійснення правочинів щодо об'єктів нерухомості та їх державної реєстрації на порядок укладання відповідних попередніх договорів<sup>316</sup>. Зокрема відзначається, що попередній договір, згідно якого сторони зобов'язуються в майбутньому укласти договір, який підлягає державній реєстрації, не потребує державної реєстрації<sup>317</sup>.

Так Ю.Є. Скакун вважає, що попередній договір не підлягає державній реєстрації навіть у тому випадку, коли його предмет є укладення в майбутньому основного договору, для якого чинним законодавством передбачена необхідність здійснення його державної реєстрації; державна реєстрація правочинів, і попереднього договору зокрема, не може розглядатися як елемент їхньої форми. В цілому ж на думку даного автора, проста письмова форма попереднього договору повинна бути дотримана: по-перше, у випадках, коли основний договір, обов'язок щодо укладення якого сторони встановили попереднім договором, може бути укладений в усній формі; по-друге, якщо основний договір підлягає укладенню в письмовій формі. Нотаріальному посвідченню попередній договір підлягає також у двох випадках: по-перше, якщо для основного договору така форма передбачена чинним законодавством; по-друге, якщо нотаріальна форма попереднього договору передбачена домовленістю сторін. У другому випадку діє також правило, відповідно до якого, якщо сторони домовилися укласти договір у певній формі, він вважається укладеним після надання йому встановленої форми, хоча б законом для договорів даного виду така форма не була обов'язковою, тобто попередній договір буде вважатися укладеним з моменту його нотаріального

<sup>316</sup> Максименко А. В. Предварительный договор в обязательствах отдельных видов купли-продажи : вопросы правового регулирования и практики применения. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Максименко Александр Васильевич. - М., 2013. - 22 с., с. 8-9

<sup>317</sup> Меньшенин П.А. Предварительный договор в российском гражданском праве. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Меньшенин Павел Александрович. - М., 2011. - 26 с., с. 19.

посвідчення<sup>318</sup>.

Відповідно до частини 3 статті 635 ЦК України, зобов'язання, встановлене попереднім договором, припиняється, якщо основний договір не укладений протягом строку (у термін), встановленого попереднім договором, або якщо жодна із сторін не направить другій стороні пропозицію про його укладення. Виходячи з цього, попередній договір розглядається в літературі як правочин з скасувально-відкладальною умовою; до моменту спливу відповідного строку вона може набути статус скасувальної (жодна із сторін не пропонує укласти основний договір у встановлений строк) або відкладальної (будь-яка із сторін пропонує у встановлений строк укласти основний договір)<sup>319</sup>.

Ухилення однієї із сторін попереднього договору від укладення основного договору обумовлює, в свою чергу, питання про захист прав сторони, яка бажає укласти такий договір. Частина 2 статті 635 ЦК України передбачає, що сторона, яка необґрунтовано ухиляється від укладення основного договору, передбаченого попереднім договором, повинна відшкодувати другій стороні збитки, завдані простроченням, якщо інше не встановлено попереднім договором або актами цивільного законодавства. Водночас спірним є питання про право зацікавленої сторони вимагати укладення такого договору.

Безпосередньо положеннями статті 635 ЦК України такого способу захисту прав та інтересів сторони попереднього договору не передбачено, а достатньо традиційною в літературі є позиція, що у разі негативної динаміки розвитку відносин сторін існує лише можливість стягнення збитків із сторони,

<sup>318</sup> Скакун Ю.Є. Попередній договір за цивільним законодавством України. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Скакун Юрій Євгенійович. - Харків, 2013. - 20 с., с. 15-18.

<sup>319</sup> Майдаровский Д.В. Предварительный договор и заключение основного договора в российском гражданском праве. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Майдаровский Дмитрий Владимирович. - Ростов-на-Дону, 2011. - 28 с., с. 8-9

ухиляється від укладання основного договору<sup>320</sup>. Зокрема О.М. Клименко, відзначивши, що відсутність чіткої позиції законодавця щодо наслідків порушення попереднього договору сприяє поширенню зловживань при укладенні та виконанні попередніх договорів, обґрунтовує неможливість примушування в судовому порядку однієї із сторін до укладання основного договору<sup>321</sup>. На думку Ю.Є. Скакуна, застосування такого способу захисту суб'єктивних цивільних прав, як примусове виконання обов'язку в натурі, не може бути виправдане у випадках захисту права вимагати укладення основного договору на умовах, визначених попереднім договором, що зумовлено цілою низкою обставин: по-перше, спонукання до укладення основного договору не відповідає принципу свободи договору; по-друге, непослідовним виглядає примушування особи укласти договір, від якого вона може відмовитись в будь-який момент (фідуціарні договори); по-третє, такий спосіб захисту в більшості випадків не дозволить досягти бажаного правового результату через відсутність реального механізму виконання відповідного рішення суду в примусовому порядку<sup>322</sup>. За такого підходу вважається, що значення попереднього договору полягає у забезпеченні можливості отримати відшкодування витрат, понесених певною стороною щодо підготовки до укладення попереднього договору.

Водночас в наш час набуває все більшої кількості прихильників протилежна точка зору: оскільки з попереднього договору виникає двостороннє зобов'язання сторін укласти основний договір, воно може бути реалізовано шляхом

пред'явлення до сторони, яка ухиляється від укладення основного договору, вимоги в суд про спонукання її укласти договір<sup>323</sup>. З одного боку, вказане не суперечить положенням чинної редакції статті 635 ЦК України, а з іншого – знаходить своє закріплення і в чинному законодавстві, що правда господарському: згідно частини 3 статті 182 ГК України, у разі якщо сторона, яка уклала попередній договір, одержавши проект договору від іншої сторони, ухиляється від укладення основного договору, друга сторона має право вимагати укладення такого договору в судовому порядку. При цьому право сторони вимагати укладення основного договору пов'язується з посиленням вимог до попереднього договору, зокрема його нотаріальним посвідченням та визначення в ньому істотних умов основного договору<sup>324</sup>.

### 3.2.5. Непоіменовані договори

Динамізм та ускладнення економічного обігу зумовлюють виникнення нових відносин, що потребують договірної регулювання, проте відповідні договірні конструкції ЦК України та іншими актами цивільного законодавства не передбачені. Для забезпечення функціонування таких відносин у межах правового поля законодавець у ч. 1 ст. 6 ЦК України закріпив положення про право сторін укладати договори, які не передбачені актами цивільного законодавства, але відповідають загальним засадам цивільного законодавства. У результаті учасники обороту отримали можливість самостійно усувати негативні наслідки відставання закону від життя шлях

<sup>320</sup> Майдаровский Д.В. Предварительный договор и заключение основного договора в российском гражданском праве. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Майдаровский Дмитрий Владимирович. – Ростов-на-Дону., 2011. – 28 с., с. 15-16.

<sup>321</sup> Клименко О.М. Попередній договір в цивільних відносинах: теорія і практика. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Клименко Олексій Миколайович. – К., 2010. – 18 с., с. 6, 12

<sup>322</sup> Скакун Ю.Є. Попередній договір за цивільним законодавством України. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Скакун Юрій Євгенійович. – Харків, 2013. – 20 с., с. 15-18.

<sup>323</sup> Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. – 3-тє вид., перероб. і доп. / За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, В.В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – Т. II. – 1088 с, с. 163

<sup>324</sup> Майдаровский Д.В. Предварительный договор и заключение основного договора в российском гражданском праве. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Майдаровский Дмитрий Владимирович. – Ростов-на-Дону., 2011. – 28 с., с. 10, 15-16.

створення невідомих формалізованому праву договорів<sup>325</sup>. Це обумовило поділ договорів на поіменовані (такі, що безпосередньо закріплені в цивільному законодавстві) і непоіменовані (тобто ті, що в цивільному законодавстві не передбачені, але не суперечать його основним засадам)<sup>326</sup>. Термін «непоіменовані договори» безпосередньо у ЦК України не вживається, а застосовується для найменування назви досліджуваної групи договорів у науковій та навчальній літературі найчастіше.

Формування системи «поіменованих договорів», як і виникнення договорів, які стали прототипом сучасних непоіменованих договорів, припадає на часи Стародавнього Риму у праві якого існували «безіменні контракти» (*contractus innominati*), якими називали «нові договори, які не підпадали під існуючу класифікацію. ... Така назва зазначеної групи виникла не тому, що договори, які складали цю групу, не мали своїх назв, а тому, щоб показати, що ця група виходить за межі існуючої чотириелементної класифікації. ... Найбільш поширеними були три види безіменних контрактів: міна, прекарій і оціночний договір»<sup>327</sup>. Пізніше такі договори стали називати *sui generis*. З розвитком правових систем і еволюцією договірних відносин до переліку договорів *sui generis* додавалися все нові їх види.

В українському законодавстві безіменні договори отримали формальне визнання в Цивільному кодексі 1963 р. Відповідно до ст. 4 ЦК УРСР 1963 р. цивільні права і обов'язки виникають з підстав, передбачених законодавством Союзу РСР і Української

<sup>325</sup> Договірне право України. Загальна частина: навчальний посібн. / Т. В. Боднар, О. В. Дзєра, Н. С. Кузнецова та ін.; за ред. О. В. Дзєри. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 397

<sup>326</sup> Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України у 2 т. – 5-те вид, перероб. і допов. / за ред. О. В. Дзєри (кер. авт. кол.). Н. В. Кузнецової, В. В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – Т. 1. – С. 22

<sup>327</sup> Основи римського приватного права: Підручник / В. І. Борисова, Л. М. Баранова, М. В. Домашенко та ін.; За заг. ред. В. І. Борисової та Л. М. Баранової. – Х.: Право, 2008. – С. 174-175

РСР, а також з дій громадян і організації, які хоч і не передбачені законом, але в силу загальних начал і змісту цивільного законодавства породжують цивільні права і обов'язки.

Нормативне закріплення в ст. 6 чинного ЦК України положень, які надають можливість сторонам укласти договори, умови яких визначаються ними самостійно, сприяло підвищенню наукового інтересу до проблематики правового регулювання непоіменованих договорів. Практично кожне дослідження, присвячене договору, спеціальне регулювання якого відсутнє в чинному законодавстві торкається питання кваліфікації договору як непоіменованого, зокрема, договір консалтингу<sup>328</sup>, договір інжинірингу<sup>329</sup>, договір клірингу<sup>330</sup>, договори у сфері шоу-бізнесу<sup>331</sup>, договір з надання освітніх послуг<sup>332</sup>, продюсерський договір<sup>333</sup>, договір Інтернет-провайдингу<sup>334</sup> та

<sup>328</sup> Шаркова Г. Ю. Договір консалтингу : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня. канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Г. Ю. Шаркова. – К., 2011. – С. 4

<sup>329</sup> Насурласа К. Е. Поняття та характеристика договору інжинірингу / К. Е. Насурласа / Юридичний вісник. – 2015. – № 2 (35). – С. 119

<sup>330</sup> Шишка Р. Б. Договір клірингу: до проблеми регулювання / Р. Б. Шишка // Вісник Запорізького національного університету. – 2014. – № 3. – С. 49

<sup>331</sup> Корбут О. О. Непоіменовані договори у сфері шоу-бізнесу: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / О. О. Корбут. – К., 2015. – 20 с.

<sup>332</sup> Федорченко Н. В. Договірні зобов'язання з надання послуг: проблеми теорії і практики: монографія / Н. В. Федорченко. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2015. – С. 126

<sup>333</sup> Москаленко К. В. Продюсерський договір у сфері музичного шоу-бізнесу: цивільно-правові аспекти: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / К. В. Москаленко. – К., 2015. – С. 9

інші. Теоретичні та практичні проблеми, пов'язані з визначенням правової природи та специфіки використання непоіменованих договорів у регулюванні суспільних відносин в Україні були предметом дисертаційного дослідження Л. В. Мигалюк на тему: «Непоіменовані договори в цивільному праві»<sup>335</sup>.

Підходи, які висвітлені в літературі до розуміння договору як непоіменованого розглядаються переважно в межах концепції принципу свободи договору і, як правило, зводяться до непередбачуваності відповідної договірної конструкції в законодавстві та/або неврегульованості такого договору.

Так, на думку О. С. Яворської «диспозитивні засади цивільно-правового регулювання дають змогу сторонам укласти не передбачений законодавством договір. У такому випадку його сторони виступають «законодавцями» для себе, встановлюючи в договорі взаємні права й обов'язки, передбачаючи в ньому умови та засоби відповідальності в разі невиконання чи неналежного виконання умов договору»<sup>336</sup>. Р. А. Лідовець стверджує, що «під договором не передбаченим законом слід розуміти договір такого типу, який повністю не врегульований спеціальними нормами цивільного законодавства і, відповідно, не виділяється ним як такий»<sup>337</sup>. На думку Л. В. Мигалюк «укладення непоіменованого договору – це

<sup>334</sup> Ємельянчик С. О. Договір про надання послуг доступу в Інтернет (договір Інтернет-провайдингу) в системі договорів / С. О. Ємельянчик // Право і суспільство. – 2015. – № 6. – С. 89

<sup>335</sup> Мигалюк Л. В. Непоіменовані договори в цивільному праві України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 // Л. В. Мигалюк. – К., 2013. – 230 с.

<sup>336</sup> Яворська О. С. Договори приєднання – проблеми правового регулювання / О. С. Яворська / Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 10 – С. 93-94.

<sup>337</sup> Лідовець Р. А. Право сторін на укладення договору, не передбаченого законом, як один із елементів свободи договору / Р. А. Лідовець // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. Збірник наукових статей. – 2003. – Випуск XI. – С. 102.

спосіб формалізації нових взаємовідносин сторін та виникаючого між ними зв'язку, що полягає у взаємному погодженні інтересів щодо вчинення дій у формі вільного волевиявлення шляхом вчинення на власний розсуд сторін змісту договору, спрямованого на досягнення необхідного результату»<sup>338</sup>.

З. У. Козлиєва зауважує, що «непоіменованість» важливо розуміти в контексті відсутності регулювання в ЦК України, в спеціальних актах цивільного законодавства, а також в інших нормативно-правових актах, які поширюють свою дію (хоча б частково) на приватно-правові відносини. Дані висновки науковець обґрунтовує існуванням комплексних відносин і, як приклад, наводить договір, який укладається між роботодавцем (юридичною особою) та працівником з приводу виконання останнім трудової функції, в тому числі щодо створення об'єкту інтелектуальної власності, з можливою подальшою його передачею до складу статутного капіталу, а також включає умову про розподіл майнових прав інтелектуальної власності»<sup>339</sup>.

Ю. Алексашина вважає, що «непоіменовані договори – це договірні конструкції, що створюються автономною волю самих учасників цивільного обороту та нормативно неврегульовані»<sup>340</sup>.

На нашу думку, розуміння та осмислення договору як непоіменованого потребує дослідження нормативних положень, які слугують базисом для визначення поняття «непоіменований

<sup>338</sup> Мигалюк Л. В. Непоіменовані договори в цивільному праві України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право; цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Л. В. Мигалюк. – К., 2013. – С. 4

<sup>339</sup> Козлиєва З. У. Категорія «непоіменовані договори» у цивільному праві України / З. У. Козлиєва // Актуальні проблеми приватного права : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 93-й річниці з дня народж. В. П. Маслова, Харків, 27 лют. 2015 р. – Харків, 2015. – С. 318.

<sup>340</sup> Алексашина Ю. Види цивільно-правових договорів як регуляторів цивільних правовідносин / Ю Алексашина // Юридична Україна. – 2012. – № 12. – С. 69

договір» та виокремлення кваліфікуючих ознак, за якими їх можна відмежувати від договорів «поіменованих».

Зі змісту ч. 1 ст. 6 ЦК України можна дійти висновку, що сутність непоіменованого договору зведена законодавцем до словосполучення «не передбачений актами цивільного законодавства». Отже, в ЦК України відображено підхід за яким відсутність в актах цивільного законодавства моделі договору дає підстави кваліфікувати останній як «непоіменований». Відповідно, кваліфікуючою ознакою непоіменованого договору є його «непередбаченість цивільним законодавством».

Поділяючи думку С. М. Бєрвено в тому, що «непоіменовані договори протистоять поіменованим договорам, тобто таким, які прямо передбачені законом»<sup>341</sup>, вважаємо, що розкриття сутності даної ознаки потребує визначення структури цивільного законодавства та з'ясування змісту поняття «передбачений цивільним законодавством».

Визначення обсягу поняття «цивільне законодавство» є важливим з огляду на те, що, як вірно зауважує І. А. Діковська, «буквальний аналіз положень ЦК України дає підстави для висновку, що, наприклад, договір на проведення екологічного аудиту, передбачений Законом України «Про екологічний аудит» від 24 червня 2014 року № 1862, є непоіменованим з точки зору цивільного права, оскільки ні зазначений закон, ні інші акти законодавства, що встановлюють вимоги до цього договору, безумовно, не є актами цивільно-правового законодавства»<sup>342</sup>. Окрім цього, договірні відносини можуть регулюватися як актами цивільного законодавства, так і іншими актами законодавства (сімейного, земельного тощо)<sup>343</sup>.

<sup>341</sup> Бєрвено С. М. Проблеми договірної права України: монографія / С. М. Бєрвено. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 273.

<sup>342</sup> Діковська І. А. Свобода сторін укладати договори, не передбачені законодавством: порівняльно-правові аспекти / І. А. Діковська // Порівняльно-аналітичне право – 2013. – № 3-2. – С. 121 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.pap.in.ua/3-2\\_2013/3/Dikovska%20I.A..pdf](http://www.pap.in.ua/3-2_2013/3/Dikovska%20I.A..pdf)

<sup>343</sup> Бєрвено С. М. Проблеми договірної права України: монографія / С. М. Бєрвено. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 121

На думку Р. А. Майданика «цивільне законодавство – це система законодавчих і підзаконних нормативно-правових актів, які містять цивільно-правові норми. Цивільне законодавство відрізняється від цивільного права як правової галузі тим, що в першому випадку йдеться про сукупність нормативних актів, а не норм права, сукупністю яких є цивілістика як галузь права»<sup>344</sup>. Отже, поняттям «цивільне законодавство» визначається коло нормативно-правових актів, які в сукупності складають його структуру.

Структура актів цивільного законодавства наводиться у ст. 4 ЦК України. До актів цивільного законодавства ст. 4 ЦК України відносить Конституцію України, ЦК України, закони України, які приймаються відповідно до Конституції України та ЦК України, акти Президента України у випадках, встановлених Конституцією України, постанови Кабінету Міністрів України, якщо вони не протирічать ЦК України та іншим законам, нормативно-правові акти інших органів державної влади України, органів влади Автономної Республіки Крим, що регулюють цивільні відносини, лише у випадках і в межах, встановлених Конституцією України та законом.

Таким чином, законодавчо закріплена можливість регулювання цивільних відносин, окрім ЦК України, ще й іншими цивільними законами. Не вдаючись до детального аналізу питання про якісний склад таких законів, поділяємо підхід С. О. Погрібного, який вважає, що вирішення цього питання має ґрунтуватися на з'ясуванні ознак самого цивільного закону. На думку науковця таких ознак є дві. Перша з них полягає в тому, що цивільний закон має предметом свого регулювання цивільні відносини. Друга ознака цивільного закону полягає у тому, що він регулює ці відносини відповідно до Конституції України та ЦК України. Інакше кажучи, ця

<sup>344</sup> Майданик Р. А. Цивільне право: Загальна частина. / Т. І. Вступ у цивільне право / Р. А. Майданик. – К.: Алерта, 2012. – 472 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://pidruchniki.com/1151040946579/pravo/ponyattya\\_struktura\\_tsivilnogo\\_zakonodavstva#257](http://pidruchniki.com/1151040946579/pravo/ponyattya_struktura_tsivilnogo_zakonodavstva#257)

ознака полягає в тому, що цивільні відносини мають регулюватися іншим законом на засадах, визначених у ЦК України. І тільки в сукупності наявності обох ознак інший закон може розцінюватися як цивільний<sup>345</sup>.

Провівши детальний аналіз окреслених ознак, С. О. Погрібний робить висновок, що «під іншими законами України», які відповідно до абзацу 2 ч. 2 ст. 4 ЦК України є актами цивільного законодавства слід розуміти як кодифіковані, так і некодифіковані (поточні) закони України, які в цілому або в певній частині містять правові приписи, що регулюють цивільні відносини в Україні і при цьому прийняті, відповідно до ЦК України, тобто відповідають основним його положенням»<sup>346</sup>.

Виходячи з викладеного, закони України «Про туризм», «Про фінансовий лізинг», «Про аудиторську діяльність» та інші можуть розглядатися як цивільні закони лише в частині, де регулювання ними цивільних відносин здійснюється відповідно до загальних положень ЦК України.

До актів цивільного законодавства за змістом ст. 10 ЦК України, слід віднести також і чинні міжнародні договори, які регулюють цивільні відносини, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Такі міжнародні договори стають частиною національного законодавства і мають пріоритет перед національними нормативно-правовими акти у разі наявності різних підходів у врегулюванні однакових правовідносин. Отже, договірні конструкції, які наявні в міжнародно-правових актах, що не є частиною національного законодавства, необхідно кваліфікувати як непоіменовані в Україні договори.

З урахуванням викладеного, про непоіменованість договору може свідчити відсутність його нормативного закріплення в ЦК України та іншому акті законодавства, який в цілому або в

<sup>345</sup> Погрібний С. Цивільний кодекс як основний акт цивільного законодавства / С. Погрібний // Право України. – 2005. – № 1. – С. 88

<sup>346</sup> Там же.

певній частині містить правові норми, що регулюють цивільні відносини.

Розкриття змісту поняття «передбачений цивільним законодавством» дозволяє визначити обсяг нормативного закріплення правової регламентації договірної конструкції або, іншими словами, повноту урегульованості договору цивільним законодавством.

Це питання є важливим з огляду на те, що в законі може бути визначено найменування договору, однак істотні умови, права та обов'язки сторін не закріплені і, відповідно, формування змісту договору залежить від волі сторін. Або, навпаки, містяться права та обов'язки сторін, однак про предмет і найменування договору не йдеться. Як приклад, можна назвати правове регулювання відносин дистрибуції. В окремих галузях, зокрема, у сфері обігу лікарських та транспортних засобів чинне законодавство дає визначення «дистрибуція» та встановлює окремі правила її здійснення, оминаючи питання договорів дистрибуції<sup>347</sup>. Схожою є ситуація із договірним регулюванням

<sup>347</sup> див. Настанову «Лікарські засоби. Належна практика дистрибуції» (СТ-Т МОЗУ 42-5.0:2014), затверджену Наказом Міністерства охорони здоров'я України від 22.08.2014 р. № 593 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.moz.gov.ua/docfiles/dn\\_20140822\\_0593\\_dod1.pdf](http://www.moz.gov.ua/docfiles/dn_20140822_0593_dod1.pdf); Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з виробництва лікарських засобів, оптової, роздрібної торгівлі лікарськими засобами, затверджені Наказом Міністерства охорони здоров'я України 31.10.2011 р. № 723 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z1420-11>; Постанову Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку здійснення оптової та роздрібної торгівлі транспортними засобами та їх складовими частинами, що мають ідентифікаційні номери» від 11.11.2009 р. № 1200 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1200-2009-%D0%BF>

відносин з надання інформаційних послуг<sup>348</sup>, послуг у сфері реклами<sup>349</sup>, комунальних послуг<sup>350</sup> тощо.

Таким чином, одним із проблемних питань, яке торкається кваліфікації договору як непоіменованого є пошук відповіді на питання про те, чи можна визнавати договір непоіменованим тоді, коли можливість укладення відповідного договору передбачена законом, але цивільно-правове регулювання відносин, які виникають з такого договору відсутнє або є лише фрагментарним.

Досліджуючи право сторін на укладення договору, не передбаченого законом, Р. А. Лідовець зазначає: «договір вважається таким, що передбачений законом, якщо Цивільний кодекс або інший нормативний акт виділяє його в окремий тип (вид) і надає йому відповідну правову регламентацію»<sup>351</sup>.

Ю. Алексашина зазначає, що «зміст кваліфікації договору поіменованим полягає у тому, щоб застосувати до нього правові норми, які містять відповідне правове регулювання. Якщо такі положення відсутні – то договір не можна назвати поіменованим. Тобто, закон повинен містити положення щодо форми, істотні умови, права та обов'язки сторін і ін. Відповідно непоіменованими слід визнати договір, щодо якого закон не

<sup>348</sup> Закон України «Про інформацію» від 02.10.1992 р., № 2657-ХІІ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2657-12>

<sup>349</sup> Закон України «Про рекламу» від 03.07.1996 р., № 270/96-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/270/96-%D0%B2%D1%80>

<sup>350</sup> Гейнц Р. М. Цивільно-правове регулювання відносин за договором про надання комунальних послуг: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 // Р. М. Гейнц. – К., 2011. – С. 83-84.

<sup>351</sup> Лідовець Р. А. Змішані договори в цивільному праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Р. А. Лідовець. – Острогож, 2004. – С. 53.

містить правового регулювання, навіть якщо він і згадувався в нормативно-правовому акті»<sup>352</sup>.

Як відомо, кваліфікація договору як поіменованого ставить його сторони перед необхідністю дотримуватися існуючих по відношенню до даного договірного виду імперативних норм (наприклад, щодо форми, істотних умов і т.д.), а також заповнювати прогалини, що існують у договорі на підставі диспозитивних норм, що можуть застосовуватися до даного договірного виду<sup>353</sup>.

В поіменованих договорах не існує потреби детально визначати зміст договору. Сторони мають дійти згоди за істотними умовами договору, а решта умов міститься у диспозитивних нормах нормативно-правового акта, що регулює даний вид договору, зокрема в Цивільному кодексі, спеціальних законах<sup>354</sup>. При укладенні поіменованого договору сторони можуть не конкретизувати права та обов'язки, обмежившись посиланням – «відповідно до чинного законодавства».

Враховуючи зазначене вище, можна зробити висновок, що визначення в законодавстві найменування договору або окреслення сфери його дії не може свідчити про його урегульованість. В цьому питанні підтримуємо думку Є. А. Батлера, який зазначає, що відсутність законодавчої вказівки на предмет, інші істотні умови, зміст договору дозволяє

<sup>352</sup> Алексашина Ю. Види цивільно-правових договорів як регуляторів цивільних правовідносин / Ю Алексашина // Юридична Україна. – 2012. – № 12. – С. 69

<sup>353</sup> Діковська І. А. Свобода сторін укладати договори, не передбачені законодавством: порівняльно-правові аспекти / І. А. Діковська // Порівняльно-аналітичне право – 2013. – № 3-2. – С. 120 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.pap.in.ua/3-2\\_2013/3/Dikovska%20I.A..pdf](http://www.pap.in.ua/3-2_2013/3/Dikovska%20I.A..pdf).

<sup>354</sup> Договірне право України. Загальна частина: навчальний посібн. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.; за ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 396

зробити висновок про його непоіменованість, незалежно від того, визначено чи ні законодавством найменування такого договору<sup>355</sup>.

Отже, про повноту правової урегульованості договору і, відповідно, його поіменованість, свідчать норми ЦК України або інших актів цивільного законодавства, що містять дефініцію договору, визначають його істотні умови, коло прав та обов'язків сторін.

Укладаючи поіменований договір сторони керуються положеннями цивільного законодавства про відповідний вид договору. Натомість, при укладенні непоіменованого договору, через відсутність спеціального правового регулювання, така договірна конструкція створюється його учасниками. Аналіз різних теорій і законодавства стосовно правового регулювання непоіменованих договорів свідчить, що в цивільному законодавстві немає норми, яка б чітко вказувала б на те, якими саме положеннями повинні регулюватися такі договори<sup>356</sup>.

Разом з тим, правило про свободу сторін укладати договори, які законом не передбачені не є безмежним. Учасники цивільних правовідносин самостійно приймають рішення про укладення договору, обирають контрагента, визначають умови договору, крім випадків, коли це не обмежується актами цивільного законодавства відповідно до абз. 2 ч. 3 ст. 6 ЦК України, який вказує, що сторони в договорі не можуть відступити від положень, актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами.

З урахуванням викладеного, непоіменований договір характеризується особливими умовами, існування яких не дозволяє «підвести» його під уже відомі цивільному

<sup>355</sup> Батлер Е. А. Непоименованные договоры / Е. А. Батлер. – М.: Экзамен, 2008. – С. 10

<sup>356</sup> Мигалюк Л. Правове регулювання непоіменованих договорів в цивільному праві України / Л. Мигалюк // Підприємництво, господарство і право. – 2012. – № 2. – С. 100

законодавству договори і, відповідно, йому притаманна така ознака як новизна. В літературі зазначається, що новизну слід розуміти як «наявність в непоіменованому договорі певного набору ознак, не притаманних правочинам, що вже знайшли своє відображення в цивільно-правових актах»<sup>357</sup>.

Наведене свідчить, що договір можна кваліфікувати як непоіменований, якщо акти законодавства, яке є цивільним не визначають його поняття, істотні умови, права та обов'язки сторін та містить риси, які дають можливість відмежувати його від договорів, що закріплені в законодавстві.

Як уже зазначалося вище, легальне визначення поняття «непоіменований договір» в законодавстві відсутнє. На доктринальному рівні визначення поняття «непоіменованого договору» дається Л. В. Мигалюк, яка визначає непоіменований договір як «домовленість сторін, засновану на принципі свободи договору та вільному волевиявленні сторін щодо врегулювання відносин, які виникають з нових не зрегульованих законодавством видів діяльності, спрямовану на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків для досягнення необхідного результату й усунення недоліків правового регулювання нових правовідносин»<sup>358</sup>.

Аналізуючи дане визначення, слід звернути увагу на наступне. По-перше, «вільне волевиявлення сторін» є ознакою будь-яких договірних відносин, а не лише тих, які виникають з «нових не зрегульованих законодавством видів діяльності» і відображає сутність цивільно-правового договору як правового явища. Домовленість, що досягається при укладенні договору, і

<sup>357</sup> Тупицька Є. О. Щодо питання поіменованості чи непоіменованості договору новачки боргу у позикове зобов'язання / Є. О. Тупицька // Форум права. – 2009. – № 3. – с. 622-623 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2009-3/09teoupz.pdf>

<sup>358</sup> Мигалюк Л. В. Непоіменовані договори в цивільному праві України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право; цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Л. В. Мигалюк. – К., 2013. – С. 7



є результатом вільних волевиявлень учасників цивільних правовідносин, які виступають як сторони такого договору.

По-друге, визначення поняття повинно містити основні ознаки, що дозволяють відрізнити правовий об'єкт, що вивчається, від інших об'єктів, тобто дають можливість розкрити його сутність через формулювання його властивостей. Той факт, що укладеність непоіменованого договору урегульовує відносини, які є новими, позаяк виникають на вимогу часу, є додатковим підтвердженням тези, що «договір є регулятором цивільно-правових відносин». Правовідносинам у будь-якому суспільстві, а особливо в сучасний період, притаманний високий рівень динамізму. З огляду на це, норми правового акту, що регулює суспільні і, зокрема, цивільні відносини, відображають потреби практики лише на момент його прийняття. Закон, який приймається, може містити правове регулювання лише тих відносин, існування яких на момент його прийняття доведено практикою, що сформувалася всередині країни або запозичена з досвіду іноземних держав. Формулюючи дефініцію «непоіменованого договору» акцент слід робити не на новизні відносин, які ним урегульовуються, а на новизні договірної конструкції, яка в цивільному законодавстві не відображена. Адже як зазначає Л. М. Мигалюк, «непоіменованість договору може мати тимчасовий характер. Період непоіменованості може визначатися рамками між моментом виникнення та моментом врегулювання його законодавством. Саме цей проміжок для нового непередбаченого законодавством договору буде періодом непоіменованості, а сам договір визначатиметься непоіменованим»<sup>359</sup>.

<sup>359</sup> Мигалюк Л. В. Непоіменовані договори в цивільному праві України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право; цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Л. В. Мигалюк. – К., 2013. – С. 8

Зважаючи на те, що основними ознаками непоіменованого договору є його непередбаченість цивільним законодавством та новизна, саме вони повинні бути відображені у його дефініції.

Відповідно до ч. 1 ст. 626 ЦК України договором є домовленість сторін, спрямована на встановлення, зміну та припинення цивільних прав та обов'язків. У доктрині права існують різні концептуальні підходи до поняття цивільно-правового договору. Загалом це зумовлено тим, що 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<sup>360</sup>. Принципово важливим є й те, що в сучасних умовах договір у сфері приватного права слід розрізняти як універсальний юридичний засіб (елемент) механізму внутрішнього регулювання суспільних відносин (саморегулювання)<sup>361</sup>.

Не вдаючись до аналізу існуючих в доктрині дефініцій поняття договору, слід погодитися з висновком В. В. Васильєвої про те, що договір у цивільному праві є, перш за все, юридичним фактом, правочином, зустрічним волевиявленням осіб, що здатне породжувати цивільні права і обов'язки. Договір та зобов'язання – це окремі правові явища, які співвідносяться як причина та наслідок, як підстава та те, що зумовлено цією підставою<sup>362</sup>. Такий підхід дав можливість сформулювати

<sup>360</sup> Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.; за ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 39.

<sup>361</sup> Сібільов М. М. Співвідношення актів цивільного законодавства і договору та базові моделі регулювання договірних відносин за чинним Цивільним кодексом України / М. М. Сібільов // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2004, – № 4 (12) – С. 60.

<sup>362</sup> Васильєва В. В. Договір як підстава виникнення цивільно-правового зобов'язання: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право; цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / В. В. Васильєва. – К., 2013. – С. 15.

В. В. Васильєвій системне визначення договору як правочину, що містить в собі домовленість двох або більше сторін<sup>363</sup>.

З огляду на викладене та з урахуванням положень ст. 6 ЦК України, доцільним є формулювання поняття непоіменованого договору через категорію вищого порядку – правочин.

Таким чином, *непоіменований договір* можна визначити як не передбачений цивільним законодавством новий правочин, який містить домовленість двох або більше сторін, що відповідає загальним засадам цивільного законодавства.

При визнанні договору непоіменованим постає питання правової урегульованості даного договору, адже в цивільному законодавстві відсутні спеціальні імперативні та диспозитивні норми для його регулювання. Слушною з цього приводу є думка В. О. Горєва, який стверджує: «зважаючи на те, що вибір непоіменованого договору означає розробку невідомого цивільному законодавству договору, учасники цивільних відносин повинні достовірно знати, які положення цивільного законодавства і в якій послідовності підлягають застосуванню у випадку укладення ними такого договору»<sup>364</sup>.

Зазначене вище питання є важливим ще й з огляду на те, що поява із плином часу нових суспільних відносин, які будуть потребувати їх договірної регулювання є явищем об'єктивним. При цьому відображення кожного окремого договору в нормативному акті приведе до збільшення їх масиву, що не є виправданим.

Відповідно до положень ч. 1 ст. 6 ЦК України непоіменований договір повинен відповідати загальним засадам

<sup>363</sup> Васильєва В. В. Договір як підстава виникнення цивільно-правового зобов'язання: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право; цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / В. В. Васильєва. – К., 2013. – С. 4.

<sup>364</sup> Горєв В. О. Свобода договору як загальна засада цивільного законодавства України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право; цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / В. О. Горєв. – К., 2007. – С. 14.

цивільного законодавства, які безпосередньо визначені у ст. 3 ЦК України. Тлумачення цієї норми дає підстави для висновку, що законодавець правове регулювання непоіменованих договорів підпорядкував аналогії права. В літературі зазначається, що «аналогію права можуть використовувати суб'єкти цивільного права, обираючи для себе при укладенні договору, не передбаченого законом, орієнтири змісту (умови) останнього»<sup>365</sup>.

Аналізуючи законодавчий підхід до правового регулювання непоіменованих договорів, слід зазначити, що він, хоча і не дає повної відповіді на наше питання, загалом є вірним. На підтвердження цього можна навести позицію Н. С. Кузнєцової, яка стверджує, що «шляхом застосування аналогії права можуть бути усунені будь-які прогалини в регулюванні цивільних правовідносин. В цьому процесі принципи цивільного законодавства набувають важливого практичного значення. Процес цивільного правозастосування стає більш гнучким і ефективним, будь-яке цивільне право набуває ознак формальної врегульованості та захищеності»<sup>366</sup>.

Використовуючи аналогію права необхідно звернути увагу на ст. 8 ЦК України, яка визначає загальні правила використання аналогії у регулюванні цивільних правовідносин. Зі змісту ч. 2 цієї статті випливає, що при усуненні прогалин в регулюванні відносин, не врегульованих нормами цивільного законодавства, спочатку застосовується аналогія закону, і тільки при неможливості використання аналогії закону – аналогія права.

Відкритим також залишається питання про застосування норм про загальні положення зобов'язального та договірної права. Іншими словами, чи повинні непоіменовані договори регулюватися загальними диспозитивними та імперативними

<sup>365</sup> Цивільне право України: [навч. посібник] / За ред. Є. О. Харитонової, Н. Ю. Голубевої. – К.: Істина, 2009. – С. 15.

<sup>366</sup> Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України у 2 т. – 5-те вид. перероб. і допов. / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. В. Кузнєцової, В. В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – Т. I. – С. 24.

нормами договірної права, не підпадаючи під спеціальні імперативні обмеження, що встановлені для окремих видів поіменованих договорів?

В доктрині цивільного права існують різні погляди на питання правової урегульованості непоіменованих договорів.

На думку Р. Б. Шишки «нерегульованість непоіменованих договорів відносна, оскільки вони все одно підпадають під дію норм про: 1) правочини; 2) зобов'язання; 3) загальні положення про договори; 4) положення про типи договорів. Окрім того, на рівні рекомендаційних норм частина таких договорів врегульована актами, розробленими неурядовими організаціями, наприклад СОТ. ... Тому непоіменованість договорів не означає, що вони взагалі опинилися поза правовим регулюванням і впливом права»<sup>367</sup>.

Р. А. Лідовець вважає, що «нормативною базою для таких договорів завжди слугують загальні засади цивільного законодавства». Науковець зазначає, що «походження ж безіменного договору ніякого значення не має. Тобто зразком моделі безіменного договору можуть виступати моделі договорів, передбачені законодавством іншої держави або міжнародним актом, у тому числі і таким, що має рекомендаційний характер. Учасники цивільного обігу можуть укладати договори за цілком самостійно розробленою моделлю договору. Вирішальним для визнання безіменного договору є те, чи відповідає він загальним засадам цивільного законодавства України»<sup>368</sup>.

<sup>367</sup> Шишка Р. Б. Непоіменовані договори / Р. Б. Шишка / Поєднання публічно-правових та приватно-правових механізмів регулювання господарських відносин: Матер. всеукр. наук.-практ. конфер. (19-20 жовтня 2007 року, м. Івано-Франківськ). – м. Івано-Франківськ: ВОНР та РВД ПЮІ ЛьвДУВС, 2007. – С. 8-9.

<sup>368</sup> Лідовець Р. А. Змішані договори в цивільному праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Р. А. Лідовець. – Острог, 2004. – С. 56.

На думку Р. О. Стефанчука до непоіменованих договорів слід застосовувати правила аналогії закону чи аналогії права<sup>369</sup>.

Видатний вчений радянського періоду О. С. Іоффе вважав, що «при укладенні вельми своєрідного договору, але такого, що охоплюється одним із закріплених у законі договірних типів, він буде підпадати під дію правил про договір цього типу. І лише у разі, коли формується не суперечне закону, але й не передбачене ним договірне зобов'язання нового типу, його нормування повинно здійснюватися за аналогією закону або у належних випадках за аналогією права»<sup>370</sup>. Підхід вченого базувався на класифікації цивільно-правових договорів за приналежністю їх до певного типу, виду (різновиду) або змішаного договору.

Власне, науковий підхід щодо співвідношення понять «вид договору» і «тип договору», за якого останнє є ширшим заслуговує на увагу.

С. М. Бєрвено, розкриваючи сутність класифікації тип, підтип, вид, підвид зазначає, що поняттям «тип» позначається однорідна група договорів, наприклад, спрямованих на відчуження майна у власність набувачу<sup>371</sup>. Що стосується виду договору, то в ЦК України видам договорів присвячені, як правило, окремі глави. Підвидам договорів присвячені переважно окремі параграфи в главах. Наприклад, роздрібна купівля-продаж – підвид купівлі-продажу, лізинг – підвид оренди тощо<sup>372</sup>.

На думку відомого російського цивіліста М. І. Брагінського «визнання спірного правовідношення договором непоіменованим означає, окрім іншого, відсутність урегулювання не лише виду, але й відповідного йому типу. До таких договорів, які не підпадають в

<sup>369</sup> Стефанчук Р. О. Цивільне право України: навчальний посібник / Р. О. Стефанчук. – К.: Прецедент, 2005 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.ebk.net.ua/Book/law/stefanchuk\\_tsivpu/part7/702.htm](http://www.ebk.net.ua/Book/law/stefanchuk_tsivpu/part7/702.htm)

<sup>370</sup> Йоффе О. С. Обязательственное право. – М.: «Юрид. лит.», 1975. – С. 38.

<sup>371</sup> Бєрвено С. М. Проблеми договірної права України: монографія / С. М. Бєрвено. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 221

<sup>372</sup> Там же. – С. 224

межі визначеного не тільки виду, але й типу, слід застосовувати насамперед норми схожого типу договорів, а за їх відсутності – норми, які регулюють цивільно-правові договори, тобто статті, які розміщені у розділі III ЦК «Загальна частина зобов'язального права».

Якщо аналогія закону і загальні норми зобов'язального (договірного) права не приводять до бажаного результату, залишається остання можливість – застосувати аналогію права, тобто прийняти рішення, виходячи із загальних засад і суті цивільного законодавства та вимог добросовісності, розумності і справедливості<sup>373</sup>.

Досліджуючи структуру механізму правового регулювання відносин з надання послуг Н. В. Федорченко зазначає, що норми гл. 63 «Послуги. Загальні положення» застосовують також до непоіменованих договорів з надання послуг (наприклад, договорів на проведення аудиту, на виконання маркетингових досліджень, сурогатного материнства, на проведення оцінки майна тощо). Тобто норми загальних положень про послуги діють у випадках, коли йдеться про окремі моделі договору з надання послуг, які не належать до жодного із виділених у ЦК чи інших спеціальних нормативно-правових актах різновидів цього типу договорів<sup>374</sup>.

Як убачається із наведеного, погляди вчених щодо правового регулювання непоіменованих договорів зводяться до 1) загальних засад цивільного законодавства (аналогії права); 2) спеціальних диспозитивних норм типу договору до якого належить договірний вид непоіменованого договору (аналогії закону); 3) загальних положень зобов'язального права; 4) загальних положень про договори (правочини). При цьому

<sup>373</sup> Брагинский М. И. Договорное право: в 4-х кн. Кн. 1 Изд. 2-е Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М.: Статут, 2003. – С. 260-261

<sup>374</sup> Федорченко Н. В. Договірні зобов'язання з надання послуг: проблеми теорії і практики: монографія / Н. В. Федорченко. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2015. – С. 41

підходи науковців до порядку застосування тих чи інших норм цивільного законодавства різняться.

На нашу думку, питання правової урегульованості непоіменованих договорів пов'язане із питанням визнання чи невизнання непоіменованим договором, який не знайшов свого закріплення в законодавстві як вид, якщо він відноситься до типу договору, який передбачений цивільним законодавством.

З цього питання в цивілістиці існує наукова дискусія.

На думку М. І. Брагинського, визнання правовідношення договором непоіменованим означає відсутність врегулювання не тільки виду, але й типу договору до якого він належить<sup>375</sup>. Тобто, якщо в ЦК України міститься окрема глава присвячена тому чи іншому типу договору, то всі договори цього типу є поіменованими.

Інші автори стверджують, що непоіменованим може бути окремий вид поіменованого законом договірний типу. Так, Ю. В. Романець зазначає, що уніфіковані норми, обумовлені типовою системною ознакою, підлягають застосуванню до нового зобов'язання, яке, в свою чергу, маючи ознаки передбаченого ЦК типу договору, є «непоіменованим видом даного поіменованого типу». Іншими словами, за наявності відповідних умов, непоіменованим можна вважати договір будь-якого рівня класифікації, незважаючи на те, що його попередник, договір більш високого рівня, є законодавчо закріпленим<sup>376</sup>.

Зважаючи на те, що система цивільно-правових договорів перебуває у постійній динаміці, нові договірні конструкції, які будуть з'являтися всередині окремого договірний типу, можуть значно різнитися і характеризуватися специфічними, притаманними лише їм ознаками. Тобто, новий договірний вид вже буде мати особливі ознаки, які дозволяють винести його за

<sup>375</sup> Брагинский М. И. Договорное право: в 4-х кн. Кн. 1 Изд. 2-е Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М.: Статут, 2003. – С. 261

<sup>376</sup> Романець Ю. В. Система договоров в гражданском праве России / Ю. В. Романець. – М.: Юрист, 2006. – С. 91-93.

межі існуючого в законодавстві роду, внаслідок чого даний новий договір вимагатиме власної правової регламентації<sup>377</sup>.

При цьому, визначаючи умови договору, спеціальне правове регулювання якого відсутнє, однак який є видом одного із передбачених законом типів, сторони не можуть обмежитись посиланням на норми про тип договору до якого він належить, зазначивши в договорі «відповідно до чинного законодавства». Іншими словами, умови непоіменованого договору визначаються без посилання на норми законодавства, позаяк в чинному законодавстві така договірна модель не закріплена. Укладений таким чином договір виступає єдиним регулятором суспільних відносин, що породжуються ним.

З урахуванням викладеного, більш прийнятним є висновок про те, що непоіменованим можна вважати договір будь-якого класифікаційного рівня, незважаючи на те, що його попередник – договір більш високого рівня законодавчо закріплений. Тобто, непоіменованість того чи іншого договору може різнитися.

Опосередковано такий підхід був підтриманий й М. І. Брагинським, який, визначаючи схему правового регулювання непоіменованих договорів, яка була розкрита вище, зазначив, що «наведена схема підтверджує практичну значимість виділення договорів, які володіють ознаками поіменованого договірного типу. Для останніх загальні положення договірного (зобов'язального) права є другорядними: вони застосовуються лише після положень, які поширюються (відносяться, належать) на відповідний тип договорів»<sup>378</sup>.

Подібна думка висловлюється й українськими вченими. Так, Л. В. Мигалюк, за критерієм непередбаченості законодавством пропонує класифікувати непоіменовані договори на дві групи:

<sup>377</sup> Тупицька Є. О. Щодо питання поіменованості чи непоіменованості договору новачки боргу у позикове зобов'язання / Є. О. Тупицька // Форум права. – 2009. – № 3. – С. 624 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2009-3/09teoupz.pdf>

<sup>378</sup> Брагинский М. И. Договорное право : в 4-х кн. Кн. 1 Изд. 2-е Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М.: Статут, 2003. – С. 260-261.

1) непоіменовані договори, які певним чином відображені в актах цивільного законодавства (інформаційні листи, постанови тощо), однак не врегульовані ним (договори про надання інформаційних послуг, аутсортингових послуг, медичний договір тощо) та 2) непоіменовані договори, взагалі не відображені в актах цивільного законодавства (договір сурогатного материнства, договір перекладу текстової інформації, договір аутстафіngu тощо)<sup>379</sup>.

З огляду на зазначене, обґрунтованим є підхід за якого доцільним є виокремлення абсолютно непоіменованих договорів та відносно непоіменованих договорів. Критерієм такого поділу слугує специфіка непоіменованості договірної конструкції.

Абсолютно непоіменовані договори – це нові договірні конструкції, які не підпадають під жоден поіменований тип. Іншими словами – це новий тип договору. Договір, який є непоіменованим видом поіменованого типу доцільно іменувати відносно непоіменованим. Адже, як слушно зазначає С. І. Клім, «сторони, укладаючи непоіменований договір, який відноситься до певного договірного типу, можуть врегулювати відносини, що виникають з даного договору, за аналогією закону нормами відповідної типової поіменованої у Цивільному кодексі України угоди»<sup>380</sup>. Наприклад, новий договір, який є різновидом договору про надання послуг. В обох випадках йдеться про договірні конструкції, що не знайшли спеціального правового регулювання в цивільному законодавстві, проте різняться

<sup>379</sup> Мигалюк Л. В. Непоіменовані договори в цивільному праві України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право; цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Л. В. Мигалюк. – К., 2013. – С. 5.

<sup>380</sup> Клім С. І. Суб'єкти використання та застосування аналогії закону та форми її втілення в цивільному праві України / С. І. Клім // Актуальні проблеми держави і права. – 2011. – Вип. 61. – С. 561 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp\\_2011\\_61\\_76](http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp_2011_61_76)

порядком застосування цивільно-правових норм для формулювання змісту договору його учасниками.

Аналізуючи правила, що застосовуються до непоіменованих договорів, І. А. Діковська вважає, що «визначення моделі регулювання непоіменованого договору залежить від того, у чому полягає ця непоіменованість, тобто чи є цей договір непоіменованим видом поіменованого типу або він являє собою непоіменований тип договору.

Якщо договір може бути кваліфікований як непоіменований вид поіменованого типу, то до питань, що не врегульовані самим договором, можуть застосовуватися спеціальні диспозитивні норми типу договору, до якого належить даний договірний вид, а за їх відсутності – загальні положення зобов'язального права. Якщо ж питання, яке постає у зв'язку із таким договором, не може бути вирішене за допомогою останніх, слід застосовувати загальні засади цивільного законодавства або, іншими словами, аналогію права»<sup>381</sup>.

Власне, такий порядок був запропонований С. І. Клім, яка зазначила, що «при вирішенні питання щодо змісту непоіменованого договору, що передбачений певним договірним типом, сторони мають керуватись такою схемою врегулювання своїх відносин: застосування норм подібного договірного типу (аналогія закону) – звернення до загальних положень зобов'язального права – врегулювання відносин за допомогою загальних засад цивільного законодавства (аналогія права)»<sup>382</sup>.

<sup>381</sup> Діковська І. А. Свобода сторін укладати договори, не передбачені законодавством: порівняльно-правові аспекти / І. А. Діковська // Порівняльно-аналітичне право – 2013. – № 3-2. – С. 120-122 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.pap.in.ua/3-2\\_2013/3/Dikovska%20I.A..pdf](http://www.pap.in.ua/3-2_2013/3/Dikovska%20I.A..pdf).

<sup>382</sup> Клім С. І. Суб'єкти використання та застосування аналогії закону та форми її втілення в цивільному праві України / С. І. Клім // Актуальні проблеми держави і права. – 2011. – Вип. 61. – С. 563 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp\\_2011\\_61\\_76](http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp_2011_61_76)

Якщо непоіменованість договору виявляється у непоіменованості типу, це означає, що такий договір неподібний до жодного договірного типу. ... Тому, вважає І. А. Діковська, до питань, що не врегульовані договорами непоіменованого типу, можуть застосовуватися лише загальні засади цивільного законодавства (аналогія права)<sup>383</sup>.

Наведене свідчить, що порядок застосування цивільно-правових норм для врегулювання конструкції непоіменованого договору залежить від специфіки непоіменованості останнього. При укладенні абсолютно непоіменованого договору слід застосовувати аналогію права – загальні засади цивільного законодавства.

При укладенні відносно непоіменованого договору необхідно застосовувати спеціальні диспозитивні норми типу договору, до якого належить даний договірний вид, а за їх відсутності – загальні положення зобов'язального та договірного права. Аналогія права застосовується лише у разі, якщо застосування зазначених вище норм не привело до вирішення всіх питань при укладенні договору.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що договір можна кваліфікувати як непоіменований, якщо ЦК України або інші акти цивільного законодавства не визначають його поняття, істотні умови, права та обов'язки сторін та містить риси, які дозволяють відмежувати його від договорів, що закріплені в законодавстві.

Договірні конструкції непоіменованих договорів створюються їх учасниками. При визначенні змісту непоіменованого договору його сторони застосовують аналог закону, загальні положення зобов'язального та договірних права або аналогію права. Порядок застосування правових норм при укладенні непоіменованого договору визначається

<sup>383</sup> Діковська І. А. Свобода сторін укладати договори, не передбачені законодавством: порівняльно-правові аспекти / І. А. Діковська // Порівняльно-аналітичне право – 2013. – № 3-2. – С. 120-122 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.pap.in.ua/3-2\\_2013/3/Dikovska%20I.A..pdf](http://www.pap.in.ua/3-2_2013/3/Dikovska%20I.A..pdf).

належністю останнього до групи абсолютно непоіменованих чи відносно непоіменованих договорів.

### 3.2.6. Змішані договори

Відповідно до ч. 2 ст. 628 ЦК України сторони мають право укласти договір, в якому містяться елементи різних договорів (змішаний договір). Передумовою, завдяки якій стало можливим виникнення змішаного договору, є «право сторін укладати як договори, передбачені законом, так і договори, які законом не передбачені, але йому не суперечать»<sup>384</sup>, що, як вважає А. В. Луць, є елементом «свободи договору»<sup>385</sup>.

Однак, дискусія щодо визнання договору змішаним розпочалася значно раніше. Дані питання висвітлювалися в наукових публікаціях цивілістів радянського періоду, які не тільки досліджували проблеми правового регулювання змішаних договорів, а й пропонували власні дефініції.

Відомий радянський цивіліст І. Б. Новицький вважав, що змішаним називається договір, який породжує зобов'язання, що входять до складу двох, або декількох врегульованих законом типових договірних відносин<sup>386</sup>.

На думку А. О. Собчака «змішаним вважається договір, в якому поєднуються елементи різних договорів, який слугує підставою виникнення єдиного зобов'язання, поєднує риси договорів різного виду»<sup>387</sup>.

<sup>384</sup> Лідовець Р. А. Змішані договори в цивільному праві України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право; цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» // Р. А. Лідовець. – Львів, 2005. – С. 8.

<sup>385</sup> Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право; цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» // А. В. Луць. – К., 2001. – С. 11.

<sup>386</sup> Новицький І. Б. Общее учение об обязательствах / И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц. – М., 1950. – С. 102.

<sup>387</sup> Собчак А. А. Смешанные и комплексные договоры в гражданском праве / А. А. Собчак // Советское государство и право. – 1989. – № 11. – С. 66.

Найвагомішою науковою працею, в якій розглядаються цивільно-правові засади та закономірності регулювання відносин, що складаються при укладенні та виконанні змішаних договорів в Україні є дисертаційне дослідження Р. А. Лідовця «Змішані договори в цивільному праві» (2005 р.). У своїй роботі автор справедливо зауважує, що «в цивільному праві України питання про змішані договори належить до найменш розроблених»<sup>388</sup>. Проблематиці правового регулювання змішаного договору в українській цивілістиці й сьогодні приділяється недостатньо уваги. Про змішаний договір йдеться переважно при розгляді питання класифікації договорів у цивільному праві України<sup>389</sup>, при аналізі договірних конструкцій, які можуть набувати характеру змішаного договору<sup>390</sup> та в декількох наукових статтях, що безпосередньо присвячені проблематиці досліджуваного договору<sup>391</sup>.

<sup>388</sup> Лідовець Р. А. Змішані договори в цивільному праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Р. А. Лідовець. – Острог, 2004. – С. 52.

<sup>389</sup> Бєрвено С. М. Проблеми договірної права України: монографія / С. М. Бєрвено. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 267; Веретельник Л. К. Проблема систематизації договорів в цивільному праві України / Л. К. Веретельник // Форум права. – 2011. – № 1. – С. 187 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-1/11vikucp.pdf>

<sup>390</sup> Майданик Р. А. Сервісний контракт із ризиком як алеаторний правочин змішаного типу в сфері використання надр / Р. А. Майданик, І. В. Волосенко // Часопис цивілістики: науково-практичний журнал. – 2006. – Випуск 1. – С. 29; Договірне право України. Загальна частина: навчальний посібн. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.; за ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 399-402; Договірне право України. Особлива частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.; за ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – С. 1048; Орзіх Ю. В. Брокерський договір: цивільно-правовий аспект: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право; цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» // Ю. В. Орзіх. – Одеса, 2008. – С. 5; Гейнц Р. М. Цивільно-правове регулювання

З огляду на ускладненість сучасних договірних зав'язків, змішані договори з притаманними їм специфічними ознаками, стали невід'ємною частиною договірної практики. Слушною видається думка Р. А. Лідовця, який зазначає, що «в умовах сьогодення інститут змішаних договорів має велике практичне значення, оскільки дає можливість сторонам договірних відносин найбільш адекватно до ринкових умов закріпити свої обов'язки стосовно один до одного»<sup>392</sup>. Змішаний договір дозволяє в межах однієї договірної конструкції врегулювати відносини сторін у їх сукупності, що значно спрощує договірний процес. Реалізуючи принцип «свободи договору» на практиці, конструкція «змішаного договору» наближує договірні моделі до потреб його сторін.

Термін «змішаний договір» вживається безпосередньо у ст. 628 ЦК України. Дана правова норма має загальний характер і не дає відповідей на багато практичних проблем, пов'язаних з використанням даної правової конструкції. Для розкриття

відносин за договором про надання комунальних послуг: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право; цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» // Р. М. Гейнц. – К., 2011. – С. 4; Орленко Б. М. Договірне забезпечення дилерської діяльності на товарному ринку / Б. М. Орленко // Науковий вісник Херсонського національного університету. – 2015. – Випуск 3. Том 1. – С. 192. – Режим доступу: [http://www.lj.kherson.ua/2015/pravo03/part\\_1/49.pdf](http://www.lj.kherson.ua/2015/pravo03/part_1/49.pdf); Ємельянчик С. О. Договір про надання послуг доступу в Інтернет (договір Інтернет-провайдингу) в системі договорів / С. О. Ємельянчик // Право і суспільство. – 2015. – № 6. – С. 88.

<sup>391</sup> Гейнц Р. М. Правове регулювання змішаного і непоійменованого договорів: спільні та відмінні риси / Р. М. Гейнц // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія право. – 2012. – Випуск № 19. Том. 2. – С. 35-38; Сурай Д. Ю. Змішані договори та їх відмінності від інших договорів / Д. Ю. Сурай // Науковий вісник Ужгородського національного університету: серія Право. – 2015. – Випуск 33. Том 1. – С. 165-168

<sup>392</sup> Лідовець Р. А. Змішані договори в цивільному праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Р. А. Лідовець. – Острог, 2004. – С. 52.

сутності «змішаного договору» важливо з'ясувати, що слід розуміти під поняттям «елемент договору», позаяк саме цей термін використаний законодавцем у ч. 2 ст. 628 ЦК України для визначення категорії «змішаного договору».

На думку Р. А. Лідовця в змішаному договорі «під елементами договорів маються на увазі умови договорів різних типів»<sup>393</sup>.

У Тлумачному словнику української мови під словом «елемент» розуміється складова частина чого-небудь; окрема сторона, риса чого-небудь<sup>394</sup>. В. В. Луць зазначає, що «за визначеннями, які подано у філософській літературі, зміст – це сукупність елементів, процесів, зав'язків, які становлять конкретний предмет або явище»<sup>395</sup>.

З огляду на зазначене, «елемент договору» можна розглядати як складову змісту договору. При цьому, визначення поняття «зміст договору» залежить від правового значення у якому вживається поняття «договір» в цивілістичній науці, зокрема, йдеться про договір як підставу виникнення зобов'язання (договір-правочин) чи про договір-правовідношення.

Якщо виходити із правової природи договору як юридичного факту (різновиду правочину), то його зміст становлять умови договору. Така ж позиція відображена у ст. 628 ЦК України, відповідно до ч. 1 якої зміст договору становлять умови (пункти), визначені на розсуд сторін і погоджені ними, та умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства. Оскільки договір є підставою виникнення цивільно-правового зобов'язання, то зміст цього зобов'язання розкривається через права та обов'язки учасни...

<sup>393</sup> Лідовець Р. А. Змішані договори в цивільному праві України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право; цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» // Р. А. Лідовець. – Львів, 2005. – С. 9

<sup>394</sup> Тлумачний словник української мови [Електронний ресурс]. – Режим доступу: // <http://sum.in.ua/>

<sup>395</sup> Луць В. В. До питання про сутність та зміст цивільно-правового договору / В. В. Луць // Приватне право. – 2013. – № 1. – С. 125



визначені умовами договору<sup>396</sup>. Поділяємо погляди В. В. Васильєвої, яка зазначає, що «зміст договору-правочину визначає специфіку конкретного договірної зобов'язання». При цьому науковець розглядає договір і зобов'язання як окремі правові явища, які співвідносяться як причина та наслідок, як підстава та те, що зумовлено цією підставою<sup>397</sup>. Іншими словами, саме погоджені умови договору визначають права та обов'язки учасників договірної зобов'язання.

З урахуванням викладеного і положень ч.1 ст. 628 ЦК України під поняттям «елемент договору» слід розуміти саме умови договору. Таким чином, конструкція змішаного договору передбачає поєднання умов, що притаманні різним договорам, які в сукупності складають зміст змішаного договору, як різновиду правочинів.

В доктрині існує традиційний поділ умов договору на істотні, звичайні та випадкові. За змістом ст. 638 ЦК України для укладення договору сторони повинні досягти згоди з усіх істотних умов договору. Вони необхідні і достатні для того, щоб договір вважався укладеним, і тим самим породжують права і обов'язки сторін<sup>398</sup>. Слушною видається позиція І. І. Зазуляка, який провівши відповідне дослідження, прийшов до висновку, що істотні умови договору визначають найважливіші елементи його змісту, аспекти, що породжені природою того чи іншого договірної виду чи окремого договору<sup>399</sup>.

<sup>396</sup> Луць В. В. До питання про сутність та зміст цивільно-правового договору / В. В. Луць // Приватне право. – 2013. – № 1. – С. 125.

<sup>397</sup> Васильєва В. В. Договір як підстава виникнення цивільно-правового зобов'язання: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право; цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / В. В. Васильєва. – К., 2013. – С. 8.

<sup>398</sup> Васильєва В. А. Істотні умови посередницького договору / В. А. Васильєва // Університетські наукові записки. – 2006. – № 1(17). – С. 80.

<sup>399</sup> Зазуляк І. І. Істотні умови договору: теоретичний аспект: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / І. І. Зазуляк. – Харків, 2009. – С. 154.

Відповідно до абз. 2 ч. 1 ст. 638 ЦК України істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди.

Обрання сторонами конструкції змішаного договору обумовлюється досягненням єдиної мети шляхом укладення одного, а не декількох договорів. Тому, можна припустити, що у змішаному договорі повинні бути присутні ті істотні умови, які є необхідними для укладення кожного із договорів, елементи яких входять до змішаного договору.

Істотною умовою будь-якого договору законодавець називає предмет. За предметом договору в теорії цивільного права проводять розмежування типів та видів договорів<sup>400</sup>. Тому, кваліфікуючою ознакою, яка свідчить про поєднання у договорі елементів різних типів (видів) договорів і, відповідно, змішаний характер договірної конструкції, є його предмет, який є складним, оскільки поєднує умови про предмет договорів різних типів (видів), наприклад, договору на виконання робіт і договору про надання послуг. Поділяємо твердження І. І. Зазуляка, що домовленість про предмет договору породжує відповідне зобов'язання щодо передання майна, виконання робіт, надання послуг, тобто задоволення того інтересу, заради якого укладається договір<sup>401</sup>. Іншими словами, предмет договору вказує на інтерес сторін при укладенні ними договору, тим самим дозволяючи визначити те, чого вони прагнуть досягти завдяки укладенню правочину<sup>402</sup>.

У літературі справедливо зазначається, що всі інші умови можуть бути істотними у двох випадках: якщо це потрібно для врегулювання відповідного різновиду договору та коли сторони

<sup>400</sup> Бабіч І. Проблема визначення поняття «предмет договору» у цивільному праві та цивільному законодавстві України / І. Бабіч // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 12. – С. 31.

<sup>401</sup> Зазуляк І. І. Істотні умови договору: теоретичний аспект: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / І. І. Зазуляк. – Харків, 2009. – С. 58.

<sup>402</sup> Там же. – С. 59.

за власною ініціативою включати їх у зміст свого договору<sup>403</sup>. З урахуванням положень ч. 2 ст. 628 ЦК України інші умови, які законодавець закріпив як істотні для кожного із договорів, елементи яких поєднані у змішаному договорі, додаються у зміст останнього за ініціативою сторін.

Отже, елементами, поєднання яких в одному договорі дозволяє кваліфікувати його як змішаний є умови різних цивільно-правових договорів, які для останніх визначені законом як істотні. Зважаючи на те, що об'єднання в договорі цих умов відбувається виключно за бажанням сторін, вони стають такими, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди. В цьому, на думку Р. А. Лідовця, полягає особливість змішаних договорів – у них усі істотні умови є такими, щодо яких за заявою сторін має бути досягнуто згоди, тобто є виключно ініціативні, хоча основою їх є умови, передбачені законом<sup>404</sup>. Разом з тим, поєднання різних елементів у змішаному договорі не може мати механічний характер, а повинно бути органічним, і у змішаному договорі не можуть бути присутніми умови, які взаємно виключають одна одну<sup>405</sup>.

З наведеного вище випливає, що у змішаному договорі поєднуються предмет та /або інші істотні умови різних договорів, які визначені на розсуд сторін і погоджені ними. Після погодження сторонами, вони стають істотними умовами змішаного договору і, за класифікацією ст. 638 ЦК України,

<sup>403</sup> Мілаш В. С. Істотні умови договору і диспозитивність їх правового регулювання [Текст] / В. С. Мілаш // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – № 7. – С. 38.

<sup>404</sup> Лідовець Р. А. Змішані договори в цивільному праві України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право; цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» // Р. А. Лідовець. – Львів, 2005. – С. 9-10.

<sup>405</sup> Лідовець Р. А. Змішані договори в цивільному праві України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право; цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» // Р. А. Лідовець. – Львів, 2005. – С. 10.

відносяться до групи істотних умов щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди.

Для кваліфікації договору як змішаного важливо з'ясувати, елементи яких договорів у їх поєднанні утворюють дану договірну конструкцію.

Р. А. Лідовець вважає, що «змішаним є договір, у якому поєднуються елементи договорів різних типів, що передбачені законодавством, і, разом з тим, не можна вважати змішаним договір, який поєднує різні види одного типу договору»<sup>406</sup>. Наприклад, у договір купівлі-продажу можуть бути включені умови перевезення та (або) зберігання предмета договору, обов'язок покупця по сплаті ціни товару замінено на обов'язок надати певну послугу чи виконати певну роботу.

Погляди Р. А. Лідовця базуються на поділі договорів на типи і види, який був обґрунтований радянським вченим О. С. Іоффе. На думку науковця, договірний тип виділяється за специфікою матеріальних відносин, що опосередковуються договором або колом юридичних умов, об'єктивно необхідних для утворення даного договірного зобов'язання. Коли ж договори подібні як за покладеними в їх основу матеріальними відносинами, так і за істотними умовами, вони співвідносяться між собою як різновиди одного і того ж договірного типу. Якщо ж укладений договір опосередковує два або кілька різнорідних відносин та об'єднує умови, об'єктивно необхідні для формування зобов'язань різних типів, він стає змішаним договором<sup>407</sup>.

Розглянувши висвітлені в науковій літературі підходи до категорії «тип» договору, С. М. Бервено зазначає, що ця категорія охоплює групу цивільно-правових договорів, направлених на досягнення певного юридично значимого результату. При цьому йдеться про юридичний результат, який

<sup>406</sup> Лідовець Р. А. Змішані договори в цивільному праві України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право; цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» // Р. А. Лідовець. – Львів, 2005. – С. 13

<sup>407</sup> Иоффе О. С. Обязательственное право / О. С. Иоффе. – М.: Юрид. лит., 1975. – С. 37-38.

значною мірою вже обумовлений нормативно (зазвичай йдеться про договори, спрямовані на передання речі, виконання роботи, надання послуги)<sup>408</sup>. Найближчою за обсягом формою класифікації договорів, на думку науковця, є вид договору. В ЦК України видам договорів присвячені, як правило, окремі глави. Наприклад, самостійними видами договорів виступають: купівля-продаж, оренда, підряд, доручення тощо. ... В ЦК України підвидам договорів присвячені переважно окремі параграфи у главах. Наприклад, роздрібна купівля-продаж – підвид купівлі-продажу, лізинг – підвид оренди тощо<sup>409</sup>.

Концепція за якої у змішаному договорі можуть бути поєднані лише елементи різних типів договорів у вітчизняній цивілістиці є панівною.

Російські ж науковці Д. В. Огородов та М. Ю. Челнишев обґрунтовують висновок про те, що в змішаному договорі можуть поєднуватися різні типи договорів (купівля-продаж, оренда, підряд тощо) або різні види договорів в межах одного договірної типу (наприклад, умови договору поставки і продажу нерухомості можуть утворювати змішаний договір)<sup>410</sup>.

Такий підхід поділяється й українськими науковцями. Так, змішаний характер брокерського договору Ю. Г. Орзіх обґрунтовує тим, що сучасна специфіка правового регулювання брокерських відносин призводить до змішання трьох самостійних договірних конструкцій: доручення, комісії та агентського договорів<sup>411</sup>. Всі ж вищезазначені договірні

<sup>408</sup> Бєрвено С. М. Проблеми договірної права України: монографія / С. М. Бєрвено. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 222.

<sup>409</sup> Там же. – С. 224.

<sup>410</sup> Огородов Д. В., Некоторые дискуссионные проблемы учения о смешанных договорах / Д. В. Огородов, М. Ю. Челышев / Правоведение. – С.-Пб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2007, № 6. – С. 47

<sup>411</sup> Орзіх Ю. В. Брокерський договір: цивільно-правовий аспект: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право; цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» // Ю. В. Орзіх. – Одеса, 2008. – С. 5.

конструкції відносяться до типу цивільно-правових договорів про надання послуг.

Така ж позиція підтримується й С. О. Ємельянчиком, який досліджуючи договір Інтернет-провайдингу зазначає, що не виключається варіант укладення з Інтернет-провайдингом змішаних договорів, що містять елементи всіх трьох зазначених договорів (договори про надання доступу до мережі Інтернет, хостингу й електронної пошти), або ж тільки двох із них у будь-якому поєднанні. ... Сам факт того, що всі три договори належать до договорів про надання послуг, не виключає можливості визнання договору, що містить елементи кількох із них, – змішаним. Специфіка предмета кожного із зазначених договорів зумовлює необхідність їхнього диференційованого регулювання, а отже, і різні правові норми. Метою ж кваліфікації договору як змішаного саме і є необхідність установлення найбільш адекватних норм до прав і обов'язків, що виникають<sup>412</sup>.

Не визнаючи змішаний договір самостійним типом договору чи навіть видом, Л. К. Веретельник зазначає, що змішаний договір «сполучає в собі елементи механізму різних типів та видів договорів»<sup>413</sup>, тобто передбачає можливість поєднання у змішаному договорі елементів різних договорів одного типу.

На нашу думку, концепція допустимості поєднання у змішаному договорі елементів будь-яких договорів впливає із норми, яка закріплює право сторін на укладення змішаного договору. Буквальний аналіз положень ст. 628 ЦК України свідчить, що у ній немає жодних застережень щодо типів чи видів договорів, які повинні поєднуватися у змішаному договорі.

<sup>412</sup> Ємельянчик С. О. Договір про надання послуг доступу в Інтернет (договір Інтернет-провайдингу) в системі договорів / С. О. Ємельянчик // Право і суспільство. – 2015. – № 6. – С. 88.

<sup>413</sup> Веретельник Л. К. Проблема систематизації договорів в цивільному праві України / Л. К. Веретельник // Форум права. – 2011. – № 1. – С. 187 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-1/11vikucp.pdf>

За змістом ст. 628 ЦК України про змішаний договір може йтися лише тоді, коли в цивільному законодавстві така договірна конструкція не закріплена. З огляду на зазначене, договір можна кваліфікувати як змішаний тільки у разі створення договірної конструкції, яка не знайшла свого закріплення у чинному законодавстві. Це дає підстави припустити, що змішаний договір є різновидом непоіменованих договорів.

Такий підхід знайшов своє відображення у наукових публікаціях. Так, на думку С. М. Бервено, непоіменовані договори існують у вигляді різного роду нетипових договірних конструкцій, які отримали в літературі назву змішаних, комплексних, інтегрованих тощо договорів<sup>414</sup>. Більше того, в доктрині приватного права була висловлена думка, що оскільки змішаним є договір, в якому містяться елементи різних договорів, то до нього можуть включатися положення як поіменованих, так і непоіменованих договорів. Зважаючи на це, і самі змішані договори можуть бути як поіменованими, так і не поіменованими<sup>415</sup>.

Поділяючи погляди науковців, які зазначають, що не слід обмежувати змішаний договір поєднанням лише елементів поіменованих договорів, вважаємо, що твердження про існування змішаних поіменованих і змішаних непоіменованих договорів є дещо спірним. Р. А. Майданик слушно звертає увагу на те, що змішаний договір опосередковує два або кілька видів різнорідних відносин і не може бути зведений до відомого типу договору. Правова регламентація існування змішаних договорів

міститься у відповідних частинах нормативних актів<sup>416</sup>. Відповідно, у разі нормативного закріплення договірної конструкції, яка містить елементи різних договорів (наприклад, договору підяду і договору про надання послуг) її кваліфікація як змішаного договору ставиться під сумнів.

По-перше, норма ст. 628 ЦК України закріплює положення про те, що поєднання елементів різних договорів у змішаному договорі відбувається його сторонами. Конструкція ж поіменованого договору створюється законодавцем.

По-друге, правове регулювання поіменованих і змішаних договорів є різним. Зі змісту ст. 628 ЦК України слідує, що, за загальним правилом, для регулювання змішаного договору застосовуються положення про договори, елементи яких поєднані у змішаному договорі. Регулювання поіменованого договору здійснюється відповідно до спеціального законодавства про цей договір. Схожої позиції дотримується й Р. А. Лідовець зазначаючи, що, оскільки новий договір закріплений як самостійний вид, відпадає необхідність у застосуванні до нього положень про традиційні договори, елементи яких включено в його зміст, а тому його не можна розглядати як змішаний<sup>417</sup>.

З огляду на зазначене, кваліфікація договору, що знайшов своє закріплення і спеціальне регулювання в законодавстві змішаним, суперечить сутності нормативного визначення змішаного договору.

На думку А. О. Собчака «змішаний договір можна розглядати як необхідну проміжну стадію в процесі виникнення нових видів договорів, не має якостей самостійного цивільно-правового інституту і спеціальних норм, присвячених його

<sup>414</sup> Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.; за ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 364.

<sup>415</sup> Козлієва З. У. Категорія «непоіменовані договори» у цивільному праві України / З. У. Козлієва // Актуальні проблеми приватного права: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 93-й річниці з дня народж. В. П. Маслова, Харків, 27 лютого 2015 р. – Харків, 2015. – С. 317.

<sup>416</sup> Майданик Р. А. Проблеми довірчих відносин в цивільному праві / Р. А. Майданик. – К.: Вид.-поліграф. центр Київ. ун-ту, 2002. – С. 11.

<sup>417</sup> Лідовець Р. А. Змішані договори в цивільному праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Р. А. Лідовець. – Острог, 2004. – С. 67.

регламентації»<sup>418</sup>. З цього приводу слушним є висновок Р. А. Лідовця, який допускає можливість трансформації змішаного договору у договір поіменований: «якщо змішаний договір оформляє стійкі зв'язки між учасниками цивільного обороту, що обумовлюється об'єктивним ходом економічного розвитку, він у подальшому може трансформуватись у самостійний договірний тип (вид)»<sup>419</sup>. Прикладом такого договору може слугувати договір лізингу, який сьогодні є поіменованим договором.

З урахуванням викладеного, можемо констатувати, що не має достатніх підстав кваліфікувати поіменований договір змішаним навіть у разі поєднання у ньому умови про виконання робіт і надання послуг.

Аналізуючи категорії «змішаний договір» та «непоіменований договір» слід зазначити, що поява як змішаних, так і непоіменованих договорів у праві обумовлена одними і тими ж причинами: з огляду на відсутність таких договірних конструкцій в законодавстві, існуюче правове регулювання не відповідає потребам цивільного обігу і для врегулювання відносин найбільш зручним для сторін способом, останні створюють їх самостійно. Такі договори можуть врегульовувати відносини у різних сферах діяльності, а тому можуть існувати у найрізноманітніших формах. Нові договірні конструкції можуть виникати як серед договорів, які зустрічаються рідко, так і у разі багаторазового укладення договорів, коли їх модель є однотипною для всіх.

Ознака, що притаманна змішаним і непоіменованим договорам – це відсутність договірної моделі в цивільному законодавстві. Однак, якщо змішаний договір – це складний за своїм змістом договір, то непоіменований договір за своїм змістом є простим. В літературі зазначається, що «прості

договори є договорами унітарними, а це означає, що договір містить елементи лише одного договірного виду, з якого виникають відповідні зобов'язання. Непоіменований унітарний договір – це договір, який містить у собі неврегульовані законодавством складові одного виду»<sup>420</sup>.

Отже, відмінність змішаних і непоіменованих договорів полягає у специфіці самої новизни, а саме: непоіменовані договори – це абсолютно нові договірні моделі, конструкції яких є простими. Тоді як змішані договори – є структурно складними і утворюються шляхом поєднання елементів вже відомих договорів.

Поіменовані та непоіменовані договори – це однопорядкові категорії, які розмежовуються, на думку Ю. Алексишиної, за таким критерієм як наявність нормативного регулювання договірної конструкції. Відповідно, поіменованими є договори, моделі яких закріплені в законодавстві. Непоіменовані договори – це договірні конструкції, що створюються автономною волю самих учасників цивільного обороту та нормативно неврегульовані<sup>421</sup>. Категорія «змішаний договір» є категорією іншого порядку, позаяк є явищем синтетичним. В літературі зазначається, що із ч. 2 ст. 628 ЦК України випливає «поділ договорів на прості (унітарні) та змішані (складні)»<sup>422</sup>.

Таким чином, незважаючи на те, що конструкції як змішаних, так і непоіменованих договорів створюються їх учасниками, вони є самостійними категоріями. Опосередковано це підтверджується і нормами ЦК України.

Одним із ключових питань вчення про змішаний договір є його характеристика як подільної або неподільної (єдиної) конструкції. На думку, І. Б. Новицького, договір, за яким одна

<sup>418</sup> Собчак А. А. Смешанные и комплексные договоры в гражданском праве // Советское государство и право. – 1989. – № 11. – С. 64-65.

<sup>419</sup> Лідовець Р. А. Змішані договори в цивільному праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Р. А. Лідовець. – Острог, 2004. – С. 180.

<sup>420</sup> Мигалок Л. Класифікація непоіменованих договорів // Л. Мигалок // Підприємництво, господарство, право. – 2012. – № 2. – С. 19.

<sup>421</sup> Алексашина Ю. Види цивільно-правових договорів як регуляторів цивільних правовідносин / Ю. Алексашина // Юридична Україна. – 2012. – № 12. – С. 69.

<sup>422</sup> Договірне право України. Загальна частина: навчальний посібн. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.: за ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 399.

сторона зобов'язується передати річ у власність, а інша – провести за свій ризик певну роботу, є змішаним договором: у ньому поєднані зобов'язання, врегульовані законом стосовно купівлі-продажу і підряду. Так само змішаним договором буде такий договір, за яким одна сторона зобов'язується перед іншою надати в користування житлову площу і, крім цього, надавати певні послуги і забезпечувати харчуванням (договір з будинком відпочинку, санаторієм і т. ін.). В першому прикладі обов'язки, передбачені законом щодо різних типових договорів, покладаються змішаним договором частково на одну сторону, частково – на іншу; в другому прикладі це поєднання зобов'язань існує на одній стороні<sup>423</sup>.

Таким чином, науковець вважав, що укладення змішаного договору приводить до виникнення сукупності зобов'язань, розмежовуючи поняття «зобов'язання» і «обов'язок». Тому, суттєвими ознаками, що характеризують змішані договори в такому разі, вважаються поєднання елементів різних договорів і виникнення на цій основі двох або більше зобов'язань, до кожного з яких застосовуються правила про відповідний вид зобов'язань. У цих зобов'язаннях спільним є єдиний юридичний факт, що зумовлює їх виникнення – це змішаний договір.

Сьогодні в науковій літературі сформувалася думка щодо єдиного зобов'язання, яке виникає на підставі змішаного договору. Зокрема, А. О. Собчак, характеризуючи змішаний договір, писав: «... якщо за договором купівлі-продажу покупець замість сплати покупної ціни приймає на себе обов'язок виконати певну роботу, зобов'язання, що виникло можна розділити на два самостійних зобов'язання (купівлі-продажу, підряду) тільки теоретично. Насправді ж виникає єдине зобов'язання змішаного типу. Саме таке поєднання в рамках єдиного зобов'язання і визначає своєрідність змішаних договорів на відміну від комплексних договорів<sup>424</sup>.

<sup>423</sup> Новицкий И. Б. *Общее учение об обязательстве* / И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц. – М., 1950. – С. 102-103.

<sup>424</sup> Собчак А. А. *Смешанные и комплексные договоры в гражданском праве* // Советское государство и право. – 1989. – № 11. – С. 64.

Такий підхід поділяється й Р. А. Лідовцем, який зазначає, що в результаті укладення змішаного договору утворюється єдине зобов'язання (у широкому розумінні), яке спрямоване на досягнення єдиної мети, оскільки сторони, поєднуючи умови різних цивільно-правових договорів, пов'язують здійснення своїх прав і обов'язків, передбачених одним із цих договорів, зі здійсненням прав і обов'язків, передбачених іншим договором<sup>425</sup>.

На наш погляд, відповідь на це питання криється в розумінні поняття «зобов'язання». Відповідно до ч. 1 ст. 509 ЦК України 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.

Аналіз положень ст. 509 ЦК України свідчить, що законодавець визначив зобов'язання як правовий зв'язок між двома сторонами, що має односторонню спрямованість: на одну сторону покладається обов'язок вчинити певну дію або утриматися від її здійснення, а іншій стороні зобов'язання надається право, яке кореспондує обов'язку першої.

Разом з тим, в частині 3 ст. 510 ЦК України законодавець закріпив положення, яке суперечить нормі ст. 509 ЦК України у розумінні категорії зобов'язання. Відповідно, це приводить до того, що в наукових публікаціях категорії «зобов'язання» і «зобов'язальні правовідносини» вживаються як синоніми<sup>426</sup>. На думку авторів науково-практичного коментарю до цивільного законодавства зобов'язання, на відміну від взаємних

<sup>425</sup> Лідовець Р. А. *Змішані договори в цивільному праві України*: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право; цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» // Р. А. Лідовець. – Львів, 2005. – С. 8.

<sup>426</sup> Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2 т. – 5-те вид., перероб. і допов. / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – Т. II. – С. 7-9.

зобов'язальних правовідносин, завжди є одностороннім юридичним зв'язком між правами кредитора та обов'язками боржника<sup>427</sup>.

Не вдаючись до детального аналізу окреслених категорій, поділяємо підхід за якого на підставі будь-якого договору виникають зобов'язальні правовідносини.

З огляду на зазначене, змішаний договір приводить до виникнення єдиних зобов'язальних правовідносин, в яких права та обов'язки кредитора та боржника спрямовані на досягнення спільної правової мети і є взаємообумовленими. При цьому зобов'язальні правовідносини слід трактувати як єдине зобов'язання в широкому розумінні.

ЦК України виокремлює змішані договори в контексті реалізації принципу свободи договору. Важливість значення кваліфікації змішаного договору обумовлюється необхідністю визначити правові норми, які слід застосовувати для регулювання договірних відносин між сторонами. Відповідно до ч. 2 ст. 628 ЦК України до відносин сторін у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі. При цьому слід звернути увагу на те, що дана норма містить положення «якщо інше не встановлено договором, або не впливає із суті змішаного договору». З огляду на таке формулювання виникає ряд питань, зокрема, «чи можуть сторони на власний розсуд змінювати існуючі договірні конструкції?», «чи повинні існувати обмеження у застосуванні договірних конструкцій?».

За змістом наведеної норми впливає, що спеціальні норми, які регулюють договори, що ввійшли в зазначене поєднання елементів різних договорів, мають пріоритет при колізії з нормами загальної частини зобов'язального права. Водночас

<sup>427</sup> Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: у 2-х томах. Т. 2 / В. Г. Ротань, А. Г. Ярема, В. В. Кривенко, В. Я. Карабань, О. Є. Сонін. ... [та ін.]. – вид. друге. – Х.: Фактор, 2010. – С. 596.

такий варіант рішення може бути змінений угодою сторін або сутністю змішаного договору<sup>428</sup>.

На нашу думку, диспозитивний характер даної норми дозволяє сторонам не включати всі істотні умови, які визначені як такі для договорів, елементи яких поєднуються у змішаному договорі. Йдеться не про видозмінення існуючих договірних конструкцій, а вибір їх окремих елементів і поєднання у змішаному договорі.

Таким чином, правовим базисом для змішаного договору є норми чинного законодавства, що регулюють договори, елементи яких поєднані у змішаному договорі. У випадку, коли застосування положень актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містить змішаний договір, суперечить його суті, сторони в змішаному договорі можуть відійти від цих положень та застосовувати загальні норми, що регулюють цивільно-правові договори.

Важливим питанням при укладенні змішаних договорів є питання щодо їх форми. Як уже зазначалося вище, змішаний договір складається з елементів різних договірних конструкцій, то цілком можливо є ситуація за якої щодо окремих елементів змішаного договору закон встановлює різні вимоги до форми. Наприклад, фізичною особою укладено договір найму транспортного засобу строком на 1 рік, за яким наймач зобов'язується здійснити поточний ремонт будинку наймодавця, що буде зараховано як плата за користування транспортним засобом. Йдеться про змішаний договір, який поєднує елементи договору найму транспортного засобу та договору побутового підряду.

Відповідно до ч. 2 ст. 799 ЦК України договір найму транспортного засобу за участі фізичної особи підлягає нотаріальному посвідченню.

До відносин сторін у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного

<sup>428</sup> Договірне право України. Загальна частина: навчальний посібник. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.: за ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 399.

законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо інше не встановлено договором або не випливає із суті змішаного договору.

Відповідно до ч. 1 ст. 205 ЦК України правочин може вчинятися усно або в письмовій (електронній) формі. Сторони мають право обирати форму правочину, якщо інше не встановлено законом.

Незважаючи на складний зміст змішаного договору, він зумовлює виникнення єдиного зобов'язання в широкому розумінні, а тому передбачена вимога про нотаріальне посвідчення правочину, якщо вона встановлена імперативною нормою, буде поширюватися на договір в цілому. Поділяємо думку Р. А. Лідовця, який вважає, що вирішуючи питання форми конкретного змішаного договору, слід враховувати вимоги загальних норм про форму правочинів, а також вимоги спеціальних норм щодо окремих видів договорів. При цьому пріоритет повинен надаватися спеціальним нормам, що мають, як правило, імперативний характер і повинні застосовуватися до всього договору. Недотримання правил, встановлених лише для одного з елементів змішаного договору, тягне за собою визнання неукладеним змішаного договору в цілому, оскільки останній встановлює єдину сукупність зобов'язань<sup>429</sup>.

З огляду на викладене, керуючись загальними положеннями ЦК України про форму правочину та положеннями ЦК України про договори елементи яких містяться у змішаному договорі, договір, що розглядається підлягає нотаріальному посвідченню.

Змішаний характер договору зумовлює й певні особливості щодо визнання його недійсним, виконання обов'язків сторін, які виникли на підставі укладеного договору та відповідальності у разі їх невиконання чи неналежного виконання. Дані питання були детально розглянуті у дисертації Р. А. Лідовця<sup>430</sup>, який на

<sup>429</sup> Лідовець Р. Форма змішаних договорів / Лідовець Р. // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – № 7. – С. 27.

<sup>430</sup> Лідовець Р. А. Змішані договори в цивільному праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Р. А. Лідовець. – Острог, 2004. – С. 141-178.

підставі проведеного дослідження прийшов до висновку, що особливості цивільно-правової відповідальності за порушення договірних зобов'язань, які виникають із змішаного договору, насамперед пов'язані із правовою природою цих договорів, а також з тим, що цивільне законодавство передбачає особливості відповідальності за порушення різних видів договорів, які потрібно враховувати<sup>431</sup>.

Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що кваліфікуючими ознаками змішаного договору, слід вважати:

1) поєднання у ньому елементів щонайменше двох договорів. При цьому такі договори можуть належати до різних типів або різних видів у межах одного договірного типу;

2) договори, елементи яких поєднуються у змішаному договорі можуть бути як поіменованими, так і непоіменованими;

3) під елементами договору слід розуміти предмет та/або інші істотні умови договору.

Договірні конструкції змішаних договорів створюються їх сторонами. Правове регулювання змішаних договорів, як правило, здійснюється нормами чинного законодавства, що регламентують договори, елементи яких поєднані у змішаному договорі.

### 3.2.7. Споживчий договір

Необхідно визнати, що договори за участю фізичних осіб-споживачів займають особливе місце у великому масиві цивільно-правових норм договірної права. При вживанні поняття «споживчий договір» слід враховувати, що слово «споживчий» визначає його як тип цивільно-правового договору, вказуючи на особливий суб'єктний склад і юридичний зв'язок контрагента такого договору – з споживачем. Тобто дані договори виділяються законодавством в окремий тип договорів

<sup>431</sup> Лідовець Р. А. Змішані договори в цивільному праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Р. А. Лідовець. – Острог, 2004. – С. 183.



за суб'єктним критерієм, та обумовлені необхідністю захисту «слабкої» сторони, незважаючи на закріплення у цивільному законодавстві засад юридичної рівності суб'єктів цивільних правовідносин.

Характерною ознакою правовідносин за участю споживачів є нерівне становище суб'єктів, наявність «сильної» і «слабкої» сторони: з одного боку виступають підприємці, що володіють не лише капіталом, а й певним обсягом необхідних фахових знань про свій товар (роботу, послугу), а з іншого – індивідуальний споживач (фізична особа), який змушений довіряти наданій інформації про товар, роботу або послугу.

Слід зазначити, що різні аспекти захисту прав споживачів були предметом дослідження окремих дисертацій, зокрема М. М. Гудими «Захист прав споживачів за договором про надання туристичних послуг»<sup>432</sup>, Г. А. Осетинської «Цивільно-правовий захист прав споживачів за законодавством України»<sup>433</sup>, О. П. Письменної «Правовідносини, що виникають у зв'язку з порушенням прав споживачів внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг)»<sup>434</sup>, Ю. Ю. Рябенка «Судовий захист прав споживачів»<sup>435</sup>, О. Ю. Черняк «Цивільно-правовий статус споживача у контексті адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу»<sup>436</sup>.

<sup>432</sup> Гудима М.М. Захист прав споживачів за договором про надання туристичних послуг: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.03 / М.М. Гудима. – Івано-Франківськ, 2013. – 212 с.

<sup>433</sup> Осетинська Г.А. Цивільно-правовий захист прав споживачів за законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Г.А. Осетинська. – К., 2006. – 20 с.

<sup>434</sup> Письменна О.П. Правовідносини, що виникають у зв'язку з порушенням прав споживачів внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / О. П. Письменна. – О., 2006. – 19 с.

<sup>435</sup> Рябенко Ю.Ю. Судовий захист прав споживачів: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Ю.Ю. Рябенко. – К., 2009. – 19 с.

<sup>436</sup> Черняк О.Ю. Цивільно-правовий статус споживача у контексті адаптації законодавства України до законодавства Європейського

Вперше права споживачів були сформульовані у Посланні Президента США Джона Ф. Кеннеді американському Конгресу 15 березня 1962 року. В цьому документі, зокрема, декларувались права споживачів на безпеку, на вибір, на інформацію і право бути вислуханим. У подальшому до цього переліку додаються: право на освіту споживачів; право на сприяння економічним інтересам споживачів і захист цих інтересів; право на створення громадських консьюмерських організацій; право на компенсацію збитків; право на здорове навколишнє середовище<sup>437</sup>. Слід зазначити, що процес формування та доповнення прав споживачів триває і у теперішній час.

Серед міжнародно-правових документів, які покликані ефективно регулювати відносини із захисту прав споживачів можна виділити Хартію захисту споживачів, яка прийнята на 25-й сесії Консультативної Асамблеї ЄС 17 травня 1973 року<sup>438</sup> та «Керівні принципи для захисту інтересів споживачів», схвалені Генеральною Асамблеєю ООН 9 квітня 1985 року<sup>439</sup>. Положення наведених, а також інших міжнародних документів знайшли своє відображення у нормах Закону України «Про захист прав споживачів»<sup>440</sup>.

Нажаль, у Законі України «Про захист прав споживачів» визначення поняття споживчого договору відсутнє, однак цю прогалину намагаються заповнити вчені у доктрині цивільного права. Так, під *споживчим договором* розуміють правочин, за

Союзу: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / О.Ю. Черняк. – К., 2011. – 230 с.

<sup>437</sup> Дудла І.О. Захист прав споживачів: Навчальний посібник / І.О. Дудла. – К.: Центр учбової літератури, 2007. – С. 39.

<sup>438</sup> Там же.

<sup>439</sup> Керівні принципи для захисту інтересів споживачів. Резолюція 39/248 Генеральної Асамблеї ООН від 09.04.1985 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_903](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_903).

<sup>440</sup> Про захист прав споживачів: Закон України від 12.05.10 і року №1023-ХІІ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1023-12>.

яким продавець, виготівник, виконавець, що є підприємцем, реалізує товар, роботи, послуги споживачеві - фізичній особі, яка придбає, набуває, замовляє, використовує (має намір це зробити) товар, роботи, послуги для особистих культурно-побутових, сімейних, домашніх та інших особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням професійних обов'язків найманого працівника<sup>441</sup>. І хоча наведена дефініція не позбавлена певних недоліків, в ній автор відобразив усі основні ознаки споживчого договору.

До таких ознак М. М. Гудима відносить: специфічний суб'єктний склад; особливість предмету в частині призначення виключно для особистих, сімейних, домашніх та інших потреб, не пов'язаних зі здійсненням підприємницької діяльності; публічно-правовий характер; оплатний характер; особливий порядок укладення<sup>442</sup>.

1. *Суб'єктний склад.* Щодо даної ознаки, то мова, в першу чергу, йде про споживача. Вперше визначення поняття «споживач» було сформульовано у Хартії захисту прав споживачів, прийнятій XXV сесією Консультативної Асамблеї ЄС 1973 року. Даний документ передбачав, що споживач – це фізична або юридична особа, яка користується товарами й послугами з особистою метою. До таких юридичних осіб Хартія відносить лише асоціації і благодійні фонди, об'єднання ремісників, кустарів і невеликі підприємства<sup>443</sup>.

Проте, як зазначає О.Ю. Черняк, якщо звернути увагу на директиви ЄС щодо визначення прав споживачів у різних сферах (наприклад, Регламент ЄС № 593/2008 про право, яке належить застосовувати до договірних зобов'язань, Директива Європейського

Парламенту та Ради Європи 98/6/ЄС від 19.02.1998 р. про захист споживачів при зазначенні цін на товари, які пропонуються споживачам, Директива Ради 93/13/ЄЕС від 05.04.1993 р. щодо несправедливих умов споживчих договорів, Директива Ради 85/577/ЄЕС від 20.12.1985 р. про захист споживачів щодо контрактів, які укладені поза діловими приміщеннями та ін.), необхідно відмітити, що більшість з них оперують поняттям споживача як фізичної особи, виключаючи юридичних осіб. Учена зазначає, що всі дефініції, наведені у директивах ЄС, не є однаковими, а стосуються лише певного кола відносин, які регулюються ними, тому можна говорити про відсутність чіткого визначення поняття споживача на рівні законодавства ЄС<sup>444</sup>.

У літературі справедливо зазначається, що дефініція «споживач» не отримала єдиного формулювання у законодавстві ЄС. Проте можна відзначити такі спільні ознаки цього поняття: а) суб'єктом є фізична особа, яка укладає договір, як правило, не у комерційних та професійних цілях (виключенням є відносини з надання туристичних послуг у бізнес-турі); б) суб'єктом є особа, яка безпосередньо споживає продукт, який займає кінцеву сходинку в економічному процесі. Крім того, у праві ЄС термін «споживач» застосовується до особи, якій завдана шкода неякісним продуктом (товаром, послугою)<sup>445</sup>.

Словник української мови визначає поняття «споживач» як «особу чи організацію, що використовує, споживає якусь продукцію», а «споживати» означає «використовувати, витратити для задоволення яких-небудь потреб»<sup>446</sup>.

У чинному законодавстві термін «споживач» вживається досить часто, однак зміст, який вкладає в нього вітчизняну

<sup>441</sup> Осетинська Г.А. Цивільно-правовий захист прав споживачів за законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Г.А. Осетинська. – К., 2006. – С. 5.

<sup>442</sup> Гудима М.М. Захист прав споживачів за договором про надання туристичних послуг: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / М.М. Гудима. – Івано-Франківськ, 2013. – С. 22-27.

<sup>443</sup> Колісникова Г. Суб'єктний склад зобов'язання щодо відшкодування шкоди, завданої споживачу / Г. Колісникова // Право України. – 2010. – №7. – С. 210-215.

<sup>444</sup> Черняк О.Ю. Цивільно-правовий статус споживача у контексті адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / О.Ю. Черняк. – К., 2011. – С. 30.

<sup>445</sup> Право Європейського Союзу: [навч. посібн.] / [за заг. ред. Р. А. Петрова]. – [2-ге вид.]. – К.: Істина, 2009. – С. 251.

<sup>446</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / [уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел]. – К.; Ірпінь: Перун, 2005. – С. 1372.

законодавець, різняться. Основним нормативно-правовим актом, який закріплює правовий статус споживача, є Закон України «Про захист прав споживачів». Під поняттям «споживач» у цьому законі розуміється фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника. Із цього визначення випливає, що споживачами можуть бути лише фізичні особи, включаючи громадян України, іноземців та осіб без громадянства. Натомість при застосуванні норм споживчого закону юридичні особи не можуть бути віднесені до категорії споживачів. Окрім того, Закон України «Про захист прав споживачів» не застосовується, якщо фізична особа має статус підприємця і купує, замовляє або використовує товари (роботи, послуги) для ведення підприємницької діяльності. Як споживача Закон України «Про захист прав споживачів» визнає і фізичну особу, яка тільки має намір придбати товар чи замовити роботу або послугу.

У літературі справедливо відмічається, що найсуперечливішим у вищевказаному нормативному визначенні терміну «споживач» є формулювання «для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника».

Власний варіант усунення законодавчого недопрацювання пропонує Г.Осетинська. Учена вважає за необхідне конкретизацію цілей, для досягнення яких особа придбаває продукцію, та пропонує доповнити відповідну норму-дефініцію Закону України «Про захист прав споживачів» таким положенням: «...для задоволення особистих, у тому числі сімейних, домашніх, культурно-побутових, фінансових та інших особистих потреб, не пов'язаних з підприємницькою

діяльністю»<sup>447</sup>. На нашу думку, така деталізація хоча і корисна в цілях правозастосування, проте не вирішує головної проблеми – яким чином визначити мету придбання у кожному конкретному випадку?

На думку Ю. Рябченка, доцільно визначати мету придбання продукції, виходячи з її призначення, якщо не доведено інше. Так, у разі придбання комп'ютера громадянин повинен доводити, що він придбав даний товар саме з метою, передбаченою п. 22 ст. 1 Закону України «Про захист прав споживачів», оскільки комп'ютер хоча й може задовольняти особисті потреби (наприклад, потребу в інформації), все ж, придбавається, як правило, у зв'язку з виконанням роботи найманого працівника або у цілях підприємницької діяльності<sup>448</sup>.

Поряд з цим, не можна не погодитися з Р.Ю. Молчановим, який зазначає, що характер використання речей (послуг, робіт) може бути двояким: і для підприємницької діяльності, і для задоволення особистих потреб. Так, підприємець може замовити ремонт приміщень належного йому будинку, в одній частині якого він проживає, а в іншій – працює в спеціально обладнаному офісі, майстерні тощо<sup>449</sup>. Цієї двоякості законодавець не враховує. Проте підхід, який пропонує Ю. Рябченко, закладає небезпеку довільного тлумачення призначення тієї чи іншої продукції судом.

Відкритим також залишається питання можливості визнання споживачем юридичної особи, яка також може купувати, замовляти чи використовувати товари (роботи, послуги) для задоволення особистих потреб, наприклад, купівля побутової техніки для забезпечення можливості харчування

<sup>447</sup> Осетинська Г.А. Цивільно-правовий захист прав споживачів за законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Г.А. Осетинська. – К., 2006. – С. 8.

<sup>448</sup> Рябченко Ю. Сторони у справах про захист прав споживачів / Ю. Рябченко // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 7. – С. 46.

<sup>449</sup> Молчанов Р.Ю. Квазіспоживач і квазіпозивач / Р.Ю. Молчанов // Юридичний журнал. – 2003. – № 4. – С. 73-75.

працівників. Очевидно, виходом із даної ситуації може бути покладення в основу критерію мети вступу у відповідні договірні правовідносини – задоволення особистих потреб.

Що ж до контрагента споживача, то ним відповідно до норм Закону України «Про захист прав споживачів» визнається суб'єкт господарювання (виробник, виконавець), який виконує роботи, надає послуги чи виробляє товар або заявляє про себе як про виробника товару чи про виготовлення такого товару на замовлення, розміщуючи на товарі та/або на упаковці чи супровідних документах, що разом з товаром передаються споживачеві, своє найменування (ім'я), торговельну марку або інший елемент, який ідентифікує такого суб'єкта господарювання; або імпортує товар.

Зауважимо, що до внесення змін до Закону України «Про захист прав споживачів» від 01 грудня 2005 року виробником чи виконавцем визнавався громадянин-підприємець. Чи доцільно було розширювати коло учасників споживчих правовідносин? Адже поняття «суб'єкт господарювання» відповідно до норм Господарського кодексу України<sup>450</sup> є ширшим, ніж поняття «підприємець». Так, підприємництво – це самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку (ст. 42 ГК України). Аналіз норм ЦК України, зокрема статей 698, 787, 865 тощо, дає нам підстави зробити висновок про те, що стороною споживчого договору, яка передає товари, надає послуги чи речі у користування, а також виконує роботи на користь споживача є підприємцем. Саме тому більш вдалим є визнання контрагентом споживача не суб'єкта господарювання, а суб'єкта підприємницької діяльності (підприємця).

**2. Особливість предмету в частині призначення виключно для особистих, сімейних, домашніх та інших**

потреб, не пов'язаних зі здійсненням підприємницької діяльності. Дана ознака споживчого договору тісно пов'язана із його суб'єктом – споживачем, оскільки ним, відповідно до чинного законодавства, може бути тільки фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника (п. 22 ст. 1 Закону України «Про захист прав споживачів»). Саме мета, з якою придбавається, замовляється чи використовується відповідний товар, робота або послуга, є визначальною для вирішення питання віднесення того чи іншого договору до типу споживчого.

Зауважимо, що до внесення змін у 2005 році у п. 22 ст. 1 Закону України «Про захист прав споживачів» йшлося про задоволення побутових потреб фізичної особи. Такий стан речей не відповідав міжнародним актам у сфері захисту прав споживачів, зокрема Хартії захисту прав споживачів, прийнятій XXV сесією Консультативної Асамблеї ЄС 1973 року, відповідно до якої споживач користується товарами чи послугами для особистих, а не для побутових потреб. Саме з метою гармонізації українського законодавства з міжнародно-правовими актами і було внесено відповідні зміни. Поняття «побутові потреби» істотно звужувало сферу застосування Закону України «Про захист прав споживачів», адже мова йшла про щось повсякденне, звичайне. «Повсякденне» для кожної людини може бути різним. Це залежить від сфери інтересів людини, від її професії, від її способу життя тощо. Це можуть бути потреби у їжі, у задоволенні духовних потреб інформаційних потреб тощо, оскільки кожна людина щодня потребує їжі для підтримання нормального рівня життєдіяльності та здоров'я, багато людей купують собі один або декілька разів на тиждень газету, журнал для задоволення своїх інформаційних, духовних потреб, купівля канцтоварів тощо. Це саме можна назвати побутом. Тому є всі підстави вважати, що поняття «особиста потреба» є більш вдалим та таким, яке дозволяє максимально розширити коло договірних

<sup>450</sup> Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 року №436-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/436-15/>.

відносин, які можна віднести до споживчих. Наявність, у чинному законодавстві ще використовується термін «побутовий» по відношенню до деяких договірних конструкцій, наприклад побутовий підряд, прокат.

Однак, не зовсім виправдано видається пропозиція Г.А. Осетинської щодо розширеного переліку особистих потреб, для яких використовує чи має намір використати певний товар (роботу, послугу) споживач. Учена пропонує розширити його зміст та сформулювати наступним чином: «... для задоволення особистих, у тому числі сімейних, домашніх, культурно-побутових, фінансових та інших особистих потреб, не пов'язаних з підприємницькою діяльністю»<sup>451</sup>.

Отже, можна зробити висновок, що мету, з якою придбавається, замовляється або використовується товар, робота чи послуга за споживчим договором слід формулювати через категорію «особиста потреба не пов'язана із підприємницькою діяльністю».

На важливості визначення мети придбання, замовлення або використання товару, роботи чи послуги наголошує також і судова практика. Зокрема, в узагальненні судової практики розгляду цивільних справ про захист прав споживачів звертається увага на відсутність у Законі України «Про захист прав споживачів» критеріїв розмежування використання товару для особистих потреб із використанням його у підприємницькій діяльності чи виконання обов'язків найманого працівника. Наголошується, що непоодинокими є випадки, коли суб'єкт підприємницької діяльності придбавав товар з метою майбутнього використання у підприємницькій діяльності, але через певні обставини фактично використовував для власних побутових потреб, або навпаки. Тому при вирішенні питань про можливість застосування до спірних правовідносин положень Закону України «Про захист прав споживачів» суду необхідно з'ясовувати, для яких цілей використовується придбана

<sup>451</sup> Осетинська Г.А. Цивільно-правовий захист прав споживачів за законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Г.А. Осетинська. – К., 2006. – С. 8.

продукція: особистих потреб фізичної особи чи її використання пов'язане із підприємницькою діяльністю фізичної особи – суб'єкта підприємницької діяльності [15, с. 15]<sup>452</sup>.

**3. Оплатний характер.** Необхідно підтримати позицію М.М. Гудими про те, що споживчі договори не можуть бути безоплатними, так як їх контрагенти – підприємці, а їх діяльність, з реалізації товарів, виконання робіт та надання послуг спрямована на отримання прибутку<sup>453</sup>.

**4. Публічно-правовий характер та особливий порядок укладення.** Зауважимо, що ці дві ознаки споживчого договору, які виділяє М. Гудима взаємопов'язані між собою. Учена зазначає, що договір у якому приймають участь споживачі є публічним договором. Саме через конструкцію публічного договору, яка передбачена ст. 633 ЦК України, держава зрівнює становище сильної сторони договору – суб'єкта підприємницької діяльності та споживача, «слабкість» якого полягає не стільки і не тільки у власне економічній його слабкості стосовно контрагента за договором, скільки в його, як правило, непрофесіоналізмі як учасника ринкових відносин. Тобто метою встановлення публічності договору є урівнювання становища більш сильної сторони (як правило, того хто пропонує) та більш слабкої сторони (споживача послуг). Звертаючи нашу увагу на недосконалість конструкції ст. 633 ЦК України, М.Гудима пропонує провести поділ публічних договорів на ті, в яких обидві сторони підприємці і ті, в яких контрагентом підприємця виступає юридична особа і ті, в яких другою стороною є фізична особа. Таким чином, на її думку, не всі публічні договори є споживчими, натомість споживчий договір має завжди публічно-правовий характер. Публічний характер споживчого договору зумовлює таку його ознаку, як спрямованість на регулювання так званих переддоговірних

<sup>452</sup> Жайворонок Т.Є., Павловська С.В. Судова практика розгляду справ про захист прав споживачів / Т.Є. Жайворонок // Вісник Верховного Суду України. – 2013. – №1 (149). – С. 15.

<sup>453</sup> Гудима М.М. Захист прав споживачів за договором про надання туристичних послуг: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.03 / М.М. Гудима. – Івано-Франківськ, 2013. – С. 25.

відносин. Наприклад, це стосується положень, згідно з якими підприємець зобов'язаний здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до нього звернеться, не має права надавати переваги одному споживачеві перед іншим щодо укладення договору, не має права відмовитися від укладення договору за наявності у нього можливостей надання споживачеві відповідної продукції. Тобто зазначені обов'язки підприємець має виконувати ще до моменту укладення договору, до отримання акцепту споживача<sup>454</sup>.

З цього приводу слід зазначити, що не зовсім доцільно та обгрунтовано наголошувати на публічно-правовому характері будь-якого цивільно-правового договору, в тому числі споживчого, адже правовідносини, котрі становлять предмет регулювання цивільного права, є приватноправовими та засновані на юридичній рівності і майновій самостійності їх учасників. Відтак мова може йти тільки про встановлення певних особливостей правового статусу сторін споживчого договору. Споживач наділений цілою низкою прав, а підприємець – рядом додаткових обов'язків з метою максимального забезпечення охорони та захисту прав та інтересів споживача.

Безумовно, що така позиція зумовлена існуванням у чинному законодавстві та науці цивільного права двох понять «публічний договір» і «споживчий договір». Причому, проаналізувавши зміст ст. 633 ЦК України та інших норм цього кодексу, які регулюють договірні відносини, що віднесені до публічних договорів, ми прийшли до висновку, що вони є споживчими. У зв'язку із цим постає питання про доцільність існування такої категорії як «публічний договір», а головне – про відповідність її змісту сутності приватних цивільно-правових відносин. Вочевидь, більш вдалим та таким, яке відповідає нормам міжнародного права є поняття «споживчий договір». У зв'язку із цим сучасна редакція ст. 633 ЦК України

потребує змін. Зокрема, необхідно змінити назву статті на «Споживчий договір», а, відтак, і її зміст.

Не може йти мова також про особливий порядок укладення споживчого договору, адже він не передбачений нормами ЦК України. Порядок укладення будь-якого споживчого договору регулюється Гл. 53 ЦК України і складається із двох стадій: оферти та акцепту.

До особливих ознак споживчого договору слід віднести покладення на підприємця, який передає товари, надає послуги чи виконує роботи на користь споживача ряду переддоговірних обов'язків, зокрема мова йде про надання повної та достовірної інформації про товари, роботи та послуги.

Отже, підсумовуючи вищевикладене, до ознак споживчого договору можна віднести: суб'єктний склад; мета, з якою придбавається, замовляється або використовується відповідний товар, робота чи послуга; оплатний характер; покладення на підприємця переддоговірного обов'язку надати повну та достовірну інформацію про товари, роботи та послуги.

Відтак, *споживчий договір* це правочин, за яким підприємець передає товари, надає послуги чи речі у тимчасове користування, а також виконує роботи на користь споживача, який придбаває, набуває, замовляє чи використовує (або має намір це зробити) майно (товар), результат робіт, послуги для особистих потреб безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю.

### 3.2.8. Зовнішньоекономічний договір

Основною правовою формою, що опосередковує господарські зв'язки суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності України та їх іноземних контрагентів, є зовнішньоекономічний договір (контракт). Законодавче визначення зовнішньоекономічного договору (контракту) міститься в ст. 1 Закону України „Про зовнішньоекономічну діяльність”: це матеріально оформлена угода двох або більше суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та їх іноземних контрагентів, спрямована на встановлення, зміну або припинення їх взаємних прав та обов'язків у зовнішньоекономічній діяльності.

<sup>454</sup> Гудима М.М. Захист прав споживачів за договором про надання туристичних послуг: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.03 / М.М. Гудима. – Івано-Франківськ, 2013. – С. 26-27.

Слід відзначити, що чинне українське законодавство оперує кількома близькими за змістом поняттями: зовнішньоекономічна угода, зовнішньоекономічний договір, зовнішньоекономічний контракт. Термін „контракт” вказує на матеріальну форму зовнішньоекономічного договору, існування його у вигляді правового документа, в якому зафіксований факт угоди та зміст зобов'язань сторін. У законодавстві України поняття „зовнішньоекономічний договір” та „зовнішньоекономічний контракт” вживаються як рівнозначні. На противагу цьому в міжнародному діловому обороті прийнято використовувати термін „договір міжнародної купівлі-продажу”, наголошується, а в сучасній доктрині пропонується використовувати терміни „правочин з іноземним елементом”, „міжнародний комерційний правочин”, „міжнародний комерційний договір (контракт)”<sup>455</sup>.

З визначення, що міститься в ст. 1 Закону України „Про зовнішньоекономічну діяльність” впливають дві кваліфікуючі ознаки зовнішньоекономічного договору:

1) спрямованість на забезпечення господарської (зовнішньоекономічної) діяльності контрагентів (ця ознака визначає зовнішньоекономічний договір як різновид господарського договору). Слід відзначити, що подібним чином у „Віденській конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів” 1980 р. визначено одну з кваліфікуючих ознак таких договорів: вони не охоплюють продаж товарів, що придбаваються для особистого, сімейного чи домашнього використання (ст. 2 Конвенції);

2) наявність контрагентів, які знаходять „по різні боки кордону” (ця ознака пояснює, за яких умов господарський договір набуває міжнародного характеру, стає власне „зовнішньоекономічним”). Зокрема, якщо виходити з положень

<sup>455</sup> Міжнародне приватне право: підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / За ред. проф. В.П. Жушмана та доц. І.А. Шуміло. – Х.: Право, 2011. – 320 с., с. 161-163. Міжнародне приватне право: особлива частина. Підручник / [Довгерт А.С., Кисіль В.І., Притика Ю.Д., Виговський О.І. та ін.] / За ред. Довгерта А.С., Кисіля В.І. – К.: Алерта, 2013. – 400 с., с. 164-65

„Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів” 1980 р., не буде визнаний міжнародним контракт, укладений між фірмами різної національної належності, комерційні підприємства яких знаходяться на території однієї держави. Водночас вважатиметься міжнародним контракт, укладений між фірмами однієї національної належності, комерційні підприємства яких знаходяться в різних державах. В широкому ж розумінні „міжнародного характеру” набуває правочин, при наявності будь-якого „іноземного елементу”<sup>456</sup>, який може проявлятися у вигляді іноземного суб'єкта, іноземного об'єкта чи іноземного юридичного факту (ст. 1 Закону України „Про міжнародне приватне право”).

В літературі в якості кваліфікуючих ознак зовнішньоекономічних договорів (контрактів) також пропонується розглядати особливий порядок регулювання таких договорів та їх зміст<sup>457</sup>.

Інші ознаки, характерні для зовнішньоекономічних договорів (перетин предметом договору митного кордону; розрахунок у валюті, яка є іноземною хоча б для однієї сторони договору; підсудність спорів з договору міжнародному комерційному арбітражу тощо), є факультативними<sup>458</sup>. Наявність цих ознак є наслідком міжнародного характеру відповідних договорів, а відтак вони (ознаки) на можуть розглядатися як кваліфікуючі ознаки зовнішньоекономічного договору. Окрім того, ці ознаки присутні не у будь-якому зовнішньоекономічному договорі (не мають універсального характеру).

<sup>456</sup> Міжнародне приватне право: особлива частина. Підручник / [Довгерт А.С., Кисіль В.І., Притика Ю.Д., Виговський О.І. та ін.] / За ред. Довгерта А.С., Кисіля В.І. – К.: Алерта, 2013. – 400 с., с. 164.

<sup>457</sup> Міжнародне приватне право: підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / За ред. проф. В.П. Жушмана та доц. І.А. Шуміло. – Х.: Право, 2011. – 320 с., с. 163.

<sup>458</sup> Поєдинок Правове регулювання зовнішньоекономічної діяльності: Навч. посібник / В.В. Поєдинок. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 288 с., с. 84-85.



Суб'єкти, які є сторонами зовнішньоекономічного договору, мають бути здатними до укладання договору відповідно до законів України та/або закону місця укладання договору. В силу принципу свободи зовнішньоекономічного підприємництва суб'єкти ЗЕД мають право укладати будь-які види зовнішньоекономічних договорів (контрактів), крім тих, які прямо та у виключній формі заборонені законами України (ч. 4 ст. 6 Закону „Про зовнішньоекономічну діяльність”).

Зовнішньоекономічний договір складається відповідно до законів України з урахуванням міжнародних договорів України. Суб'єкти ЗЕД при складанні тексту зовнішньоекономічного договору мають право використовувати відомі міжнародні звичаї, рекомендації міжнародних органів та організацій, якщо це не заборонено прямо та у виключній формі законами України<sup>459</sup>.

Важливість забезпечення одноманітного (уніфікованого) правового регулювання міжнародних комерційних правочинів для розвитку міжнародної торгівлі обумовив тісну співпрацю держав та міжнародних організацій з даного питання та прийняття значного масиву міжнародно-правових актів, спрямованих на уніфіковану регламентацію таких правочинів. При цьому слід відзначити, що традиційно центральне місце серед міжнародних комерційних договорів займає договір міжнародної купівлі-продажу: свого часу він був єдиною правовою формою, що опосередковувала міжнародні господарські зв'язки, які зводилися до торгівлі, і до цього часу залишається найпоширенішою формою. Тому і в практиці, і в доктрині його поняття часто застосовується в якості загального, такого, що охоплює всі види міжнародних комерційних правочинів. Це обумовлено рядом факторів: договори купівлі-продажу чисельно переважають інші договори в світових економічних зв'язках; всі інші міжнародні операції або прямо пов'язані з купівлею-продажем, або є її різновидами, або містять

в більшій чи меншій мірі елементи купівлі-продажу. Крім того, міжнародно-правова уніфікація норм зобов'язального права досягла найбільш відчутних результатів саме щодо договору міжнародної купівлі-продажу. В результаті норми, призначені для регулювання купівлі-продажу, за аналогією часто застосовуються до інших міжнародних комерційних операцій<sup>460</sup>.

До міжнародних договорів, що регулюють зовнішньоекономічні договори (контракти), належать:

- „Конвенція ООН про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів” (1974 р.) (набула чинності для України 01.05.1994 р.);

- „Віденська конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів” (1980 р.) (набула чинності для України 01.02.1991 р.);

- „Конвенція про представництво в міжнародних договорах купівлі-продажу товарів” (1983 р.) (Україна не бере участі);

- „Конвенція про право, що застосовується до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів” (1986 р.) (Україна не бере участі);

- „Конвенція про міжнародний факторинг” (1988 р.) (набула чинності для України 01.07.2007 р.);

- „Конвенція про фінансовий лізинг” (1988 р.) (набула чинності для України 01.07.2007 р.).

Щодо міжнародних комерційних договорів на практиці достатньо широко застосовуються також джерела недержавного регулювання – т.з. „комерційне (торгове) право” або „звичаї міжнародного торгового та ділового обороту” (lex mercatoria) такі як:

- „Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА” (принципи UNIDROIT) (2010 р.). Ці „Принципи” мають факультативну дію, тобто застосовуються тоді, коли про це існує спеціальна домовленість сторін. При цьому дані

<sup>459</sup> Поєдинок В.В. Правове регулювання зовнішньоекономічної діяльності: Навч. посібник / В.В. Поєдинок. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 288 с., с. 82-86.

<sup>460</sup> Международное частное право: Учебник / [Л. П. Ануфриева, К.А. Бекашев, Г.К. Дмитриева и др.]; Отв. ред. Г. К. Дмитриева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 688 с., с. 360-361.



„Принципи” містять лише матеріально-правові норми стосовно укладення, виконання, а також припинення договору, внаслідок чого без вирішення залишається питання про уніфікацію колізійних норм в сфері договірних зобов'язань.

- „Принципи європейського контрактного права”. Цей документ було розроблено „Комісією з європейського контрактного права” („Комісією Ландо”), яка за підтримки Комісії Європейських співтовариств розпочала у 1982 р. свою роботу, маючи на меті створення проекту „Європейського зводу контрактного права” (European Restatement of Contract Law). на кшталт Американського зводу контрактного права. Засновником і головою комісії став датський учений професором Оле Ландо, комісія складалася з вчених-юристів і практиків, що працювали автономно. За своїм статусом „Комісія Ландо” є неурядовою установою, яка фінансується з різних джерел<sup>461</sup>.

- Уніфіковані правила і звичаї, що публікуються Міжнародною торговельною палатою (найбільш відомими є „Правила ІНКОТЕРМС”, „Уніфіковані правила і звичаї для документарних акредитивів”, „Уніфіковані правила по договірних гарантіях” та ін.);

- Типові контракти і рекомендації з їх складання міжнародних комерційних договорів, що розробляються різними міжнародними організаціями (наприклад, Асоціація з торгівлі зерном і кормами (ГАФТА) пропонує для використання понад 70 типових контрактів, Європейська економічна комісія (ЄЕК) ООН опублікувала понад 30 типових контрактів тощо) та ін.<sup>462</sup> Більшість з цих документів може розглядатись як торгові звичаї, кодифіковані недержавними організаціями (МТП, УНІДРУА, ЮНСІТРАЛ та ін.). На сьогодні можливість застосування звичаїв міжнародного комерційного та ділового

<sup>461</sup> Мережко О.О. Проблеми теорії міжнародного публічного та приватного права / Олександр Мережко. – К.: Юстиніан, 2010. – 320 с., с. 274-279.

<sup>462</sup> Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / [Бігун В.А., Білоусов Є.М., Гайворонський В.М. та ін.]; За ред. В.М. Гайворонського, В.П. Жушмана. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 366 с., с. 165-166.

обороту у сфері зовнішньоекономічних відносин санкціоновано рядом норм вітчизняного законодавства: ст. 6 Закону України „Про зовнішньоекономічну діяльність”, ст. 28 Закону України „Про міжнародний комерційний арбітраж”, ст. 4 ГПК України та ін.

В нашій державі існує практика санкціонування окремих торгових звичаїв і зводів правил за допомогою спеціальних нормативно-правових актів, як приклад – Указ Президента України „Про застосування Міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів” від 04.10.1994 р. № 567/94 (на сьогодні втратив чинність); Указ Президента України „Про заходи щодо впорядкування розрахунків за договорами, що укладають суб'єкти підприємницької діяльності України” від 04.10.1994 р. № 566/94 та ін. При цьому, на нашу думку, слід погодитись з висловленою в літературі думкою про недоцільність такого „спеціального” санкціонування звичаїв міжнародного торгового та ділового обороту<sup>463</sup>, надавши сторонам можливість самостійно вирішувати питання про застосування чи незастосування таких актів.

Що стосується національного (внутрішнього) законодавства нашої держави, то на сьогодні питання зовнішньоекономічної діяльності в цілому та зовнішньоекономічних договорів (контрактів) зокрема регулюються в рамках спеціального законодавства. При цьому характерною особливістю правового регулювання зовнішньоекономічних договорів є взаємодія норм різних галузей національного права (цивільного, господарського, фінансового, адміністративного та ін.) з використанням, головним чином, приписів імперативного характеру. На національно-правовому рівні питання форми, порядку укладення та виконання зовнішньоекономічних контрактів регламентуються, зокрема, такими нормативно-правовими актами:

<sup>463</sup> Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / [Бігун В.А., Білоусов Є.М., Гайворонський В.М. та ін.]; За ред. В.М. Гайворонського, В.П. Жушмана. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 366 с., с. 167.

- Цивільний кодекс України;
  - Господарський кодекс України;
  - Закон України „Про зовнішньоекономічну діяльність” від 16.04.1991 р.;
  - Закон України „Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті” від 23.09.1994 р.;
  - Закон України „Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності” від 23.12.1998 р.;
  - Закон України „Про міжнародне приватне право” від 23.06.2005 р.;
  - Декрет Кабінету Міністрів України „Про систему валютного регулювання і валютного контролю” від 19.02.1993 р.;
  - Указ Президента України „Про заходи щодо впорядкування розрахунків за договорами, що укладають суб'єкти підприємницької діяльності України” від 04.10.1994 р. № 566/94;
  - Постанова Кабінету Міністрів і Національного банку України „Про типові платіжні умови зовнішньоекономічних договорів (контрактів) і типові форми захисних застережень до зовнішньоекономічних договорів (контрактів), які передбачають розрахунки в іноземній валюті” від 21.06.1995 р. № 444;
  - „Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів)”, затверджене наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України від 06.09.2001 р. № 201<sup>464</sup> та ін.
- Як зазначається в літературі, така посилена увага законодавця до відокремлення зовнішньоекономічних договорів пояснюється міркуваннями регулятивного характеру, оскільки договори, що визнаються в Україні зовнішньоекономічними, підпадають під дію цілої низки імперативних норм вітчизняного законодавства, що мають переважно публічний характер і

<sup>464</sup> Федіняк Г.С. Міжнародне приватне право: Підручник / Г.С. Федіняк, Л.С. Федіняк. – 4-те вид. (перероб. і доп.) – К.: Атіка, 2009. – 500 с., с. 199-200.

належать до зовнішньоекономічного, валютного, податкового або митного законодавства. Практика свідчить, що такий підхід є характерним для країн з досить низьким рівнем економічного розвитку, які намагаються вирішити певні фінансові проблеми запровадженням жорсткого контролю та ряду обмежень щодо укладення й виконання зовнішньоекономічних договорів (квотування, ліцензування, обов'язкова реєстрація, необхідність отримання спеціальних дозволів, спеціальна звітність, обмеження щодо предмета договору, ціни товару (робіт, послуг), валюти й порядку розрахунків тощо). Враховуючи досвід інших країн, можна припустити, що з перебігом часу та поліпшенням економічної ситуації в Україні такий підхід буде змінений в бік значної лібералізації<sup>465</sup>.

Можна виділити наступні суттєві моменти, пов'язані з правовим регулюванням зовнішньоекономічних договорів (міжнародних комерційних договорів) в національному (внутрішньому) законодавстві України:

1) законодавство нашої держави вимагає обов'язкового дотримання простої письмової форми для зовнішньоекономічних договорів (контрактів).

Міжнародні акти про договори, що використовуються в зовнішній торгівлі, пішли шляхом повної відмови від висування будь-яких вимог до форми відповідних договорів. Так, ст. 11 „Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів” (1980 р.) закріплює загальний принцип, згідно з яким не вимагається, щоб договір купівлі-продажу був укладений або підтверджений у письмовій формі або підпорядковувався іншій вимозі щодо форми. При цьому договір може доводитися будь-якими засобами, у т. ч. показаннями свідків. Аналогічні приписи містить ст. 1.2 „Принципів міжнародних комерційних договорів” (2010 р.).

<sup>465</sup> Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / [Бігун В.А., Білоусов Є.М., Гайворонський В.М. та ін.]; За ред. В.М. Гайворонського, В.П. Жушмана. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 366 с., с. 162-163.

Що стосується законодавства нашої держави, то при ратифікації „Віденської конвенції” було зроблено застереження про незастосовність будь-якого її положення, яке допускає вчинення договору не у письмовій формі, якщо хоча б одна з сторін договору має комерційне підприємство в Україні. Загалом, український законодавець перебуває на позиції обов'язковості письмової форми зовнішньоекономічного договору<sup>466</sup>.

Згідно із ч. 2 ст. 6 Закону України „Про зовнішньоекономічну діяльність”, зовнішньоекономічний договір (контракт) укладається суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності або його представником у простій письмовій формі, якщо інше не передбачено міжнародним договором України чи законом. Відповідно до ч. 3 ст. 31 Закону України „Про міжнародне приватне право”, зовнішньоекономічний договір, якщо хоча б однією стороною його є громадянин України або юридична особа України, укладається в письмовій формі незалежно від місця його укладення, якщо інше не встановлено законом або міжнародним договором України.<sup>3</sup> цього приводу необхідно відзначити, що жоден чинний міжнародний договір України не скасовує вимогу для українських суб'єктів господарювання дотримуватися письмової форми зовнішньоекономічного договору; відтак мова може йти лише про обтяження форми, встановлені законами України, а саме: обов'язковість нотаріального посвідчення та/або державної реєстрації відповідного договору.

Для тлумачення поняття „письмова форма” згідно з українським законодавством слід звертатися до ст. 207 ЦК, відповідно до якої правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо його зміст зафіксований в одному або кількох документах, у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони, або якщо воля сторін виражена за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку. При цьому правочин має бути підписаний його

стороною (сторонами), для правочинів, вчинюваних юридичними особами, вимагається також скріплення печаткою. Використання ж при вчиненні правочинів факсимільного відтворення підпису за допомогою засобів механічного або іншого копіювання, електронно-числового підпису або іншого аналога власноручного підпису допускається у випадках, встановлених законодавством, або за письмовою згодою сторін, у якій мають міститися зразки відповідного аналога їх власноручних підписів.

Відповідно до ст. 13 „Віденської конвенції”, вимога про письмову форму визнається дотриманою також у разі, якщо відповідне повідомлення здійснене телеграфом або телетайпом. Враховуючи зростання інтересу до електронних засобів зв'язку, Комісією ООН з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ) прийнятий „Типовий закон про електронну торгівлю”, ст. 7 (2) якого оголошує дійсним використання будь-якого засобу електронного зв'язку, „що забезпечує фіксацію такої угоди”.

Важливим є питання про наслідки недодержання форми зовнішньоекономічного договору (особливо з огляду на те, що світова практика широко визнає договори, укладені в усній формі, та широко тлумачить поняття письмової форми). Згідно положень ч. 1 ст. 218 ЦК України, недодержання сторонами письмової форми правочину, яка встановлена законом, не має наслідком його недійсності, крім випадків, встановлених законом. Чинне законодавство не містить приписів, які прямо передбачали б недійсність зовнішньоекономічного договору в разі недодержання його письмової форми<sup>467</sup>.

2) в законодавстві нашої держави має місце певна регламентація змісту зовнішньоекономічних договорів.

Типову модель зовнішньоекономічного договору закріплено в „Положенні про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів)”, затверджене наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України від 06.09.2001 р. №

<sup>466</sup> Чубарев В.Л. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / В.Л. Чубарев. – К.: Атіка, 2008. – 608 с., с. 265-266.

<sup>467</sup> Поединок В.В. Правове регулювання зовнішньоекономічної діяльності: Навч. посібник / В.В. Поединок. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 288 с., с. 86-89.

201. Згідно преамбули, воно „застосовується при укладанні договорів купівлі/продажу товарів (надання послуг, виконання робіт) та товарообмінних договорів між українськими суб'єктами підприємницької діяльності та іноземними суб'єктами підприємницької діяльності незалежно від форм власності та видів діяльності.” Дане „Положення” встановлює перелік умов, „які повинні бути передбачені в договорі (контракті), якщо сторони такого договору (контракту) не погодилися про інше щодо викладення умов договору і така домовленість не позбавляє договір предмета, об'єкта, мети та інших істотних умов, без погодження яких сторонами договір може вважатися таким, що неукладений, або його може бути визнано недійсним внаслідок недодержання форми згідно з чинним законодавством України” (всього 13 пунктів) та „додаткові умови, що можуть визначатися у договорі (контракті) за домовленістю сторін”.

В літературі з приводу даного „Положення” вказується, що воно все ж має характер „рекомендації щодо форми контракту”, а істотними умовами для зовнішньоекономічних договорів є, виходячи з положень ст. 180 Господарського кодексу України, „умови, визнані такими за законом чи необхідні для договорів даного виду, а також умови, щодо яких на вимогу однієї із сторін повинна бути досягнута згода; при укладенні господарського договору сторони зобов'язані у будь-якому разі погодити предмет, ціну та строк дії договору”<sup>468</sup>.

Що стосується правового регулювання окремих умов зовнішньоекономічних договорів, то можна, зокрема, згадати про Указ Президента України „Про заходи щодо впорядкування розрахунків за договорами, що укладають суб'єкти підприємницької діяльності України” від 04.10.1994 р. № 566/94, що передбачає застосування при укладанні та виконанні зовнішньоекономічних договорів „Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів Міжнародної торгової

палати” та „Уніфікованих правил по інкасо Міжнародної торгової палати”; на його виконання прийнято Постанову КМУ і НБУ „Про типові платіжні умови зовнішньоекономічних договорів (контрактів) і типові форми захисних застережень до зовнішньоекономічних договорів (контрактів), які передбачають розрахунки в іноземній валюті” від 21.06.1995 р. № 444.

3) законодавством передбачено спеціальну реєстрацію чи звітність щодо зовнішньоекономічних договорів, предметом яких є окремі групи товарів.

Така спеціальна реєстрація свого часу була передбачена Указом Президента України „Про облік окремих видів зовнішньоекономічних договорів (контрактів) в Україні” від 17.11.1994 року № 659/94, яким було запроваджено облік (реєстрацію) окремих видів зовнішньоекономічних договорів, укладених суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності України всіх форм власності, предметом яких є товари, зазначені у переліках, що затверджених Міністерством економіки України<sup>469</sup>. Відповідно до нього було видано наказ Міністерства економіки України від 29.06.2000 року № 136 „Про порядок реєстрації та обліку зовнішньоекономічних договорів (контрактів)”. На сьогодні ці нормативні акти втратили чинність. Проте діє, зокрема, наказ Міністерства економіки України „Про порядок реєстрації (обліку) зовнішньоекономічних контрактів (договорів) на здійснення експортних операцій з металобрухтом” від 15.12.2005 року № 505 та ін.

4) велику роль в регулюванні зовнішньоекономічних договорів відіграють міжнародні договори, що містять уніфіковані колізійні і матеріально-правові норми. Так, ряд міжнародних конвенцій, які уніфіковані норми, застосовуються лише до договорів, що опосередковують міжнародну комерційну діяльність: „Віденська конвенція ООН про

<sup>468</sup> Поединок В.В. Правове регулювання зовнішньоекономічної діяльності: Навч. посібник / В.В. Поединок. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 288 с., с. 95-97.

<sup>469</sup> Луць В. В. Контракти в підприємницькій діяльності: навч. посіб. – 2-е вид., перероб. і допов. / В. В. Луць. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 576 с., с. 363

міжнародну купівлі-продажу” (1980 р.), „Нью-Йоркська конвенція про позовну давність в міжнародній купівлі-продажу товарів” (1974 р.), в „Гаазька конвенція про право, застосовне до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів” (1986 р.), „Оттавська конвенція про міжнародний фінансовий лізинг” (1988 р.) та ін.

5) у сфері міжнародних комерційних договорів широко застосовуються звичаї міжнародної торгівлі та міжнародного ділового обороту („*lex mercatoria*”), що завдяки їх неофіційним кодифікаціям здобули значну популярність в міжнародній практиці. Так, статусу (характеру) торгових звичаїв, що широко застосовуються в міжнародному комерційному обороті при складанні правочинів, набувають вже згадувані „Принципи міжнародних комерційних договорів”, які розроблені Міжнародним інститутом з уніфікації приватного права (УНІДРУА) та опубліковані у 1994 р. На сьогодні вже існує нова їх редакція від 2010 року.

Ці „Принципи” встановлюють загальні норми для міжнародних комерційних договорів. Їх особливість полягає у тому, що:

- вони підлягають застосуванню у випадку, якщо сторони погодилися, що їх договір буде регулюватися цими „Принципами”. Також вони можуть застосовуватися, коли сторони погодилися, що їхній договір буде регулюватися загальними принципами права, *lex mercatoria* або аналогічними положеннями.

- вони можуть використовуватися у разі, коли сторони не вибрали право, яке підлягає застосуванню до їхнього договору.

- вони можуть використовуватися для тлумачення і заповнення міжнародних уніфікованих правових документів.

- вони можуть використовуватися для тлумачення і доповнення національного законодавства.

- вони можуть служити в якості моделі для національних і міжнародних законодавців.

В літературі відзначається, що в практиці міжнародного комерційного арбітражу поширюється тенденція щодо

застосування „Принципів міжнародних комерційних договорів” навіть за відсутності угоди сторін договору про це.

б) в світовій практиці склався особливий механізм розгляду спорів за зобов'язаннями, що випливають з міжнародних комерційних договорів – система міжнародного комерційного арбітражу, що включає в себе інституційні (постійно діючі) арбітражні суди та суди *ad hoc* (створюються для розгляду конкретної суперечки)<sup>470</sup>. Як відзначає В.В. Луць, в подібних договорах за участю вітчизняних суб'єктів господарювання найчастіше обумовлюється застереження, що будь-які спори, які виникають з них або у зв'язку із ними, підлягають передачі на розгляд та остаточне вирішення до Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України<sup>471</sup>. Сторонам зовнішньоекономічного договору (контракту), які хочуть, щоб будь-які спори передавалися в Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торговельно-промисловій палаті України, рекомендується включати в договір арбітражну обмовку наступного змісту: „всі спори, розбіжності або вимоги, що виникають з даного договору або у зв'язку з ним, у тому числі стосовно його тлумачення, виконання, порушення, припинення або недійсності, підлягають вирішенню в Міжнародному комерційному арбітражному суді при Торгово-промисловій палаті України у відповідності з його Регламентом”<sup>472</sup>.

Правове регулювання міжнародних комерційних правочинів (зовнішньоекономічних договорів) в силу наявності т.з.

<sup>470</sup> Международное частное право: Учебник / [Л. П. Ануфриева, К. А. Бекяшев, Г. К. Дмитриева и др.]; Отв. ред. Г. К. Дмитриева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 688 с., с. 358-359.

<sup>471</sup> Луць, В.В. Контракти в підприємницькій діяльності : навч. посіб. – 2-е вид., перероб. і допов. / В.В. Луць. – К.: Юрінком Інтер., 2008. – 576 с., с. 358.

<sup>472</sup> Див. „Рекомендуемая арбитражная оговорка” / Офіційний сайт Торгово-промислової палати України / Міжнародний комерційний арбітраж // [Електронний ресурс] – режим доступу: <http://www.ucci.org.ua/ua/main.html/>

„іноземного елементу” здійснюється з використанням притаманного міжнародному приватному праву колізійного методу. Договори, що укладаються з іноземними контрагентами, регулюються нормами права певної країни, при цьому виникає колізійне питання, право якої саме країни слід застосовувати: вітчизняне право українського суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності, національне право країни його іноземного контрагента чи право якої-небудь третьої країни?

За загальним правилом, право, що підлягає застосуванню до них, визначається за згодою сторін контракту. На сьогодні у правовій доктрині загальноновизнаним є підхід щодо надання сторонам міжнародного комерційного (зовнішньоекономічного) договору (контракту) можливості самим визначити право, яке буде регулювати зміст правочину – т.з. „автономія волі” учасників договору (*lex voluntatis*). Колізійне право більшості держав дозволяє сторонам цивільно-правового договору, ускладненого іноземним елементом, у тому числі і сторонам міжнародного комерційного договору, підпорядкувати його обраному ними компетентному правопорядку. Автономія волі як колізійна формула прикріплення (*lex voluntatis*) отримала свій розвиток в законодавстві багатьох держав і закріплена у всіх міжнародних договорах, що стосуються даного питання<sup>473</sup>. В українському законодавстві загальні положення щодо застосування даної колізійної прив'язки містяться в ст. 5 Закону України „Про міжнародне приватне право”).

Слід враховувати, що українським законодавством не у всіх випадках допускається можливість застосування принципу „автономії волі” у даній сфері, оскільки існує ряд обмежень, що вони обумовлені змістом договірних зобов'язань<sup>474</sup>. Так, чинне законодавство забороняє сторонам самостійно обирати право, що застосовується до засновницького договору юридичної

<sup>473</sup> Международное частное право: Учебник / [Л. П. Ануфриева, К. А. Бекашев, Г. К. Дмитриева и др.]; Отв. ред. Г. К. Дмитриева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 688 с., с. 377-378.

<sup>474</sup> Чубарев В.Л. Міжнародне приватне право: Навчальний посібник / В.Л. Чубарев. – К.: Атіка, 2008. – 608 с., с. 382.

особи з іноземною участю, оскільки у цьому випадку застосовується право держави, у якій буде створена юридична особа (ст. 44 Закону України „Про міжнародне приватне право”)<sup>475</sup>. Крім того, певне обмеження принципу „автономії волі” щодо вибору права іноземної держави пов'язане з інститутом застереження про публічний порядок: обране сторонами право не повинне застосовуватися, якщо його застосування призведе до наслідків, несумісним з відповідним правопорядком (публічним порядком).

Коли сторони не скористалися принципом „автономії волі” або скористалися ним неналежним чином (здійснений ними вибір визнано недійсним), то виникає ряд проблемних питань, оскільки у національних законодавствах правове регулювання змісту міжнародного договору цивільно-правового характеру є різним, як різними є колізійні прив'язки з цього приводу (закон найбільш тісного зв'язку, закон держави продавця, закон місця виконання договору, закон місця укладення договору та ін.).

Загалом в нашій державі, як і ряді інших держав сім'ї „континентального (романо-германського) права”, діє своєрідне поєднання колізійних прив'язок „закон найбільш тісного зв'язку” (*proper law*) та „закон держави продавця” (*lex venditoris*). При цьому, як відзначає А. С. Довгерт, вказане втілюється як застосування права держави, до якої „належить” сторона правочину, яка здійснює вирішальне для його змісту виконання<sup>476</sup>.

Відповідно до ст. 43 Закону України „Про міжнародне приватне право”, сторони договору можуть обрати право, що застосовується до договору, крім випадків, коли вибір прав прямо заборонено законами України. Вибір права має бути явним вираженням або прямо впливати з дій сторін правочину, змінюючи правочину чи обставин справи, які розглядаються в їх сукупності, якщо інше не передбачено законом. У разі

<sup>475</sup> Міжнародне приватне право: особлива частина. Підручник / [Довгерт А.С., Кисіль В.І., Притика Ю.Д., Вигovsky О.І. та ін.] / За ред. Довгерта А.С., Кисіля В.І. – К.: Алерта, 2013. – 400 с., с. 164.

<sup>476</sup> Там же. – с.150.

відсутності згоди сторін договору про вибір права, що підлягає застосуванню до цього договору, застосовується право, яке має найбільш тісний зв'язок із правочином. Якщо інше не передбачено або не впливає з умов, суті правочину або сукупності обставин справи, то правочин більш тісно пов'язаний з правом держави, у якій сторона, що повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту правочину, має своє місце проживання або місцезнаходження (ч. 1 ст. 44, ч. 2, 3 ст. 32 Закону). При цьому стороною, що повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту договору, є: 1) продавець - за договором купівлі-продажу; 2) дарувальник - за договором дарування; 3) одержувач ренти - за договором ренти; 4) відчужувач - за договором довічного утримання (догляду); 5) наймодавець - за договорами найму (оренди); 6) позичкодавець - за договором позички та ін.

Однак правом, з яким договір найбільш тісно пов'язаний, вважається:

1) щодо договору про нерухоме майно - право держави, у якій це майно знаходиться, а якщо таке майно підлягає реєстрації, - право держави, де здійснена реєстрація;

2) щодо договорів про спільну діяльність або виконання робіт - право держави, у якій провадиться така діяльність або створюються передбачені договором результати;

3) щодо договору, укладеного на аукціоні, за конкурсом або на біржі, - право держави, у якій проводяться аукціон, конкурс або знаходиться біржа.

До засновницького договору, що є установчим документом юридичної особи з іноземною участю, застосовується право держави, у якій буде створена юридична особа.

Відповідно до ст. 47 Закону право, що застосовується до договору згідно з вищенаведеними положеннями, охоплює питання: 1) дійсності договору; 2) тлумачення договору; 3) права та обов'язки сторін; 4) виконання договору; 5) наслідки невиконання або неналежного виконання договору; 6) припинення договору; 7) наслідки недійсності договору; 8) відступлення права вимоги та переведення боргу згідно з договором.

Якщо при визначенні способів та порядку виконання договору, а також заходів, які мають бути вжиті в разі невиконання або неналежного виконання договору, неможливе застосування права, визначеного згідно з правилами Закону „Про міжнародне приватне право”, може бути застосоване право держави, у якій здійснюється виконання договору (ч. 2 ст. 47 Закону України „Про міжнародне приватне право”).

## РОЗДІЛ 4. КОНЦЕПЦІЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРУ В ІНШИХ ГАЛУЗЯХ

### 4.1. Договір як регулятор трудових правовідносин

Принципи разом з предметом і методом правового регулювання є тими ідентифікуючими ознаками, за допомогою яких розрізняють галузі права.

Для трудового права характерними є як загальноправові принципи права, так і галузеві, через призму яких можна проаналізувати способи регулювання трудових правовідносин.

Одним з основних галузевих принципів трудового права є принцип оптимального поєднання централізованого та локального правового регулювання трудових правовідносин.

Його зміст зводиться до того, що основні гарантії захисту трудових прав учасників трудових правовідносин встановлюються законами і підзаконними актами, а решту правил регулювання праці сторони визначають за погодженням між собою або в порядку, передбаченому централізованими нормами, самостійно. При цьому локальне право встановлення не повинне виходити за межі і суперечити стандартам, визначеним для цього централізовано<sup>477</sup>.

Локальна нормотворчість у трудовому праві спрямована на конкретизацію централізованих норм, що регулюють трудові правовідносини, а також на встановлення додаткових гарантій для працівників конкретних підприємств, установ, організацій, що передбачено ст. 9<sup>1</sup> КЗпП України. Так, підприємства,

установи, організації в межах своїх повноважень і за рахунок власних коштів можуть встановлювати додаткові порівняно з законодавством трудові і соціально-побутові пільги для працівників.

Серед локальних актів у трудовому праві важливу роль у правовому регулюванні трудових відносин відіграють акти договірної характеру. До них належать акти індивідуального та колективного договірної регулювання. Це трудовий договір, колективні договори та угоди, письмові договори про повну матеріальну відповідальність тощо.

*Трудовий договір* займає центральне місце серед форм реалізації права на працю, закріпленого у ст. 43 Конституції України, відповідно до якої кожен має право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується. В той самий час – це юридичний факт, що служить підставою виникнення трудових правовідносин.

Крім цього, трудовий договір також є одним із основних інститутів трудового права як галузі та науки. В кадровому менеджменті він відіграє роль акта-документа, де закріплюються взаємні права та обов'язки його сторін.

Як бачимо, трудовий договір – це багатоаспектне правове явище і вищезгадані характеристики визначають його роль і значення в механізмі правового регулювання праці.

Кисельов І. Я. влучно підкреслює, що трудовий договір є тим лакмусовим папірцем, який визначає наявність чи відсутність у кожному конкретному випадку трудових правовідносин, тобто можливості застосування трудового права до регулювання відповідних правовідносин<sup>478</sup>.

Дуже громіздке визначення трудового договору міст КЗпП України, а саме: трудовий договір є угодою між працівником і власником підприємства, установи, організації

<sup>477</sup> Трудове право України : Академічний курс : підруч. [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / [П. Д. Пилипенко, В. Я. Бурак, З. Я. Козак та ін.] ; за ред. П. Д. Пилипенка. – К. : Концерн "Видавничий дім "Ін Юре", 2003. – С.48.

<sup>478</sup> Киселев И. Я. Трудовое право России и зарубежных стран. Международные нормы труда : учебник / И. Я. Киселев, А. М. Лушников ; под ред. М. В. Лушниковой. – [изд. 3-е, перераб. и доп.]. – М. : Эксмо, 2008. – С. 125.



або уповноваженим ним органом чи фізичною особою, за якою працівник зобов'язується виконувати роботу, визначену цією угодою, з підляганням внутрішньому трудовому розпорядкові, а власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган чи фізична особа зобов'язується виплачувати працівникові заробітну плату і забезпечувати умови праці, необхідні для виконання роботи, передбачені законодавством про працю, колективним договором і угодою сторін (ст.21 КЗпП України).

Отже, КЗпП України трудовий договір визначає як угоду. Але з прийняттям у 2003 році ЦК України поняття “угода” було замінено правовим терміном “правочин”. Відтак, незайвим буде уніфікувати понятійний апарат провідних галузей вітчизняного права. Для цього пропонуємо внести зміни до чинного трудового законодавства щодо визначення поняття трудовий договір. Такий, на нашу думку, є двостороннім правочином, що і потрібно закріпити у КЗпП України.

Виходячи з дефініції поняття «трудоного договору», можна зробити висновок, що сторонами трудового договору є працівник та власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган чи фізична особа.

Важливе значення для характеристики правового статусу працівника як сторони трудового договору має його вік. Вступити в трудові правовідносини може особа з досягненням шістнадцятирічного віку. Однак у ст.188 КЗпП України передбачені винятки із загального правила. За згодою одного із батьків або особи, що його замінює, можуть, як виняток, прийматись на роботу особи, які досягли п'ятнадцяти років. А для підготовки молоді до продуктивної праці допускається прийняття на роботу учнів загальноосвітніх шкіл, професійно-технічних і середніх спеціальних навчальних закладів для виконання легкої роботи, що не завдає шкоди здоров'ю і не порушує процесу навчання, у вільний від навчання час по досягненні ними чотирнадцятирічного віку за згодою одного з батьків або особи, що його замінює.

При цьому, як слушно зауважує Пилипенко П. Д., повна трудова дієздатність працівника настає не з 15-16 років, а з

досягненням повноліття, тобто після досягнення вісімнадцятирічного віку<sup>479</sup>. Про це свідчить наявність у КЗпП України великої кількості додаткових гарантій для неповнолітніх. Так, їх не можна залучати до нічних, надурочних робіт, робіт у вихідні дні, їм заборонено працювати у шкідливих та небезпечних умовах праці тощо. Крім цього, у випадках, коли продовження чинності трудового договору загрожує здоров'ю неповнолітнього або порушує його законні інтереси батьки неповнолітнього чи особи, які їх замінюють, мають право вимагати розірвання з неповнолітнім працівником трудового договору. Це є ще одним аргументом, що трудова дієздатність неповнолітнього залежить від волевиявлення батьків чи осіб, що їх замінює, а тому не може вважатися повною.

Іншою стороною трудового договору є роботодавець, яким може бути фізична чи юридична особа. Термін, яким іменується роботодавець у КЗпП України – власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган чи фізична особа не відповідає реаліям часу і умовам ринкових відносин. Підтримуємо позицію Пилипенка П. Д., який вказує на те, що вимоги сучасного розуміння роботодавця задовольняє хіба що фізична особа, яка насправді має право найму робочої сили. Що ж до власника підприємства, то після державної реєстрації ним стає юридична особа, яка й повинна визнаватися роботодавцем. Уповноважений власником орган лише представляє інтереси юридичної особи, діє від її імені і за жодних обставин не є стороною договірних зобов'язань<sup>480</sup>. Тому роботодавцем слід визнавати юридичну особу – з моменту її державної реєстрації або фізичну особу – з моменту досягнення нею вісімнадцятирічного віку.

<sup>479</sup> Пилипенко П. Д. Ознаки трудової правосуб'єктності працівників у трудових правовідносинах / П. Д. Пилипенко // Наукові праці Пилипенка Пилипа Даниловича. Вибране. – Дрогобич: Коло, 2013. – С. 137.

<sup>480</sup> Пилипенко П. Д. Проблеми теорії трудових правовідносин в умовах переходу України до ринкової економіки: дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.05. / Пилипенко П. Д. // Наукові праці Пилипенка Пилипа Даниловича. Вибране. – Дрогобич: Коло, 2013. – С. 46.

Саме за фактом вчинення правочину кожна з його сторін набуває відповідних прав та обов'язків, які визначають зміст договору.

Важливо зазначити, що укладення трудового договору, як і будь-якого іншого правочину, відбувається на основі принципу свободи договору. У трудовому праві такий, зокрема, проявляється через можливість вільного вибору контрагента договірних правовідносин, виду договору, а також у свободі визначення змісту трудового договору<sup>481</sup>. Ще за радянських часів на цьому наголошував О.І. Процевський. Зокрема, у своїх працях він вказував, що свобода волі при укладенні трудового договору проявляється в умовах, які сторони висувають і включають в угоду (договір)<sup>482</sup>.

При цьому, певні умови обов'язково повинні бути погоджені при укладенні договору. Такі умови в літературі прийнято називати обов'язковими або необхідними<sup>483</sup>. Вони визначаються, як правило, у законодавстві, хоча сторони трудового договору вправі наполягати на внесенні до його змісту будь-якої умови. В такому разі за значенням відповідна умова прирівнюється до тієї, що визначена на законодавчому рівні.

Загалом, у трудовому праві умови трудового договору прийнято поділяти на необхідні (обов'язкові) та факультативні (додаткові)<sup>484</sup>. Перші – це такі умови, які обов'язково мають бути погоджені при укладенні трудового договору, а другі –

можуть і не включатися до його змісту, тобто договір можна укласти і за відсутності таких умов.

Договір не можна укласти не домовившись щодо місця роботи, не визначивши трудову функцію працівника, не обумовивши розмір оплати праці останнього<sup>485</sup>. Тому вищеназвані умови є необхідними (обов'язковими).

До факультативних належать усі інші умови трудового договору, зокрема ті, що стосуються умов праці, випробування та його строку, застережень щодо нерозголошення державної, комерційної та іншої захищеної законом таємниці, підвищення кваліфікації працівника та ін.<sup>486</sup> Факультативними також можуть бути умови про неповний робочий час, про сумісництво чи суміщення, володіння іноземною мовою тощо.

Однак, якщо у процесі переговорів при укладенні трудового договору сторони визнали за потрібне узгодити також і факультативні умови, то їх значимість для конкретного договору стає такою ж, як і обов'язкових умов. Недосягнення згоди сторонами за обов'язковими та факультативними умовами має одні й ті ж самі правові наслідки – договір не укладається<sup>487</sup>. Тобто, сила факультативних умов, коли їх включено до договору, не применшується і вони також підлягають виконанню сторонами<sup>488</sup>.

З огляду на це, поділ умов трудового договору на обов'язкові та факультативні видається дещо спрощеним та штучним. Адже, як бачимо, і обов'язкові, і факультативні умови

<sup>481</sup> Кернякевич-Танасійчук Ю. В. Правове регулювання переведення працівників на іншу роботу : монографія / Ю. В. Кернякевич-Танасійчук. – Івано-Франківськ : Місто НВ, 2014. – С. 7.

<sup>482</sup> Советское трудовое право / Под. общей ред. А. И. Процевского. – К. : Главное издательство издательского объединения "Вища школа", 1981. – С. 124

<sup>483</sup> Трудове право України : Академічний курс : підруч. [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / [П. Д. Пилипенко, В. Я. Бурак, З. Я. Козак та ін.] ; за ред. П. Д. Пилипенка. – К. : Концерн "Видавничий дім "Ін Юре", 2003. – С. 166.

<sup>484</sup> Прокопенко В. І. Трудове право України : підруч. / Прокопенко В. І. – Х. : Консум, 1998. – С. 216

<sup>485</sup> Трудове право України : Академічний курс : підруч. [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / [П. Д. Пилипенко, В. Я. Бурак, З. Козак та ін.] ; за ред. П. Д. Пилипенка. – К. : Концерн "Видавничий дім "Ін Юре", 2003. – С. 167.

<sup>486</sup> Трудове право : підручник [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / В. В. Жернаков, С. М. Прилипко, О. М. Ярошенко та ін. ; за ред. В. В. Жернакова. – Х. : Право, 2012. – С. 173.

<sup>487</sup> Пилипенко П. Д. Підстави виникнення індивідуальних трудових правовідносин / Пилипенко П. Д. – К. : Т-во "Знання", КОО, 2003. – С. 59-60.

<sup>488</sup> Бару М. І. До питання про класифікацію умов трудового договору / М. І. Бару // Радянське право. – 1984. – № 11. – С. 70.

трудового договору внаслідок погодження набувають рівноцінного значення та є однаково важливими і обов'язковими для сторін.

Тому підтримуємо думку тих науковців, які для позначення змісту трудового договору пропонують використовувати цивілістичний термін "істотні умови" договору<sup>489</sup>. Зокрема, Т. В. Парпан у своєму дисертаційному дослідженні вказує, що істотними умовами трудового договору треба вважати умови, визнані такими законодавством, а також внесені в трудовий договір за ініціативою будь-якої із сторін і щодо яких сторони трудового договору повинні досягти згоди<sup>490</sup>.

Разом з тим, аналіз ст. 638 ЦК України засвідчує, що істотними є як ті умови, що визнані такими за законом або необхідні для договорів певного виду, так і всі інші, щодо яких за заявою однієї зі сторін має бути досягнуто згоди.

На нашу думку, обмеження переліку істотних умов договору саме законами, а не законодавством, як пропонує Т. В. Парпан, є більш виправданим. Це дозволить уникнути безпідставного розширення переліку таких умов договору шляхом ухвалення численних підзаконних нормативно-правових актів. Тому пропонуємо закріпити відповідне обмеження і у КЗпП України.

При цьому, треба звернути увагу на те, що термін "істотні умови" добре відомий трудовому праву. Більше того, він широко вживається у трудовому законодавстві. Щоправда, характеризує він зовсім не умови трудового договору, а умови праці (ч. 3 ст. 32 КЗпП України).

У контексті нашого дослідження варто охарактеризувати поняття "умови праці" та визначити його зміст. Це дозволить нам провести співвідношення з терміном (істотні умови праці),

<sup>489</sup> Парпан Т. В. Окремі аспекти понятійного апарату трудового права / Т. В. Парпан // Актуальні проблеми трудового права та права соціального забезпечення : до 80-річчя проф. Р. І. Кондратьєва : зб. наук. праць. – Хмельницький : Вид-во Хмельницького ун-ту управління та права, 2007. – С. 73.

<sup>490</sup> Парпан Т. Про істотні умови трудового договору / Т. Парпан // Вісник Львівського ун-ту. – Сер. юрид. – Вип. 36. – 2001. – С. 367.

що вже сьогодні закріплений у трудовому законодавстві, з новим (істотні умови трудового договору), доцільність впровадження якого обґрунтовується сучасними науковцями.

Зокрема, свого часу умовами праці І. Б. Морейн називав обсяг робіт та розподіл праці (зміни), фізичне навантаження, протипоказання за станом здоров'я (гарячі цехи, підземні роботи, роботи в сирому приміщенні чи при низькій температурі та ін.)<sup>491</sup>.

Сьогодні ж умови праці прийнято визначати через сукупність соціальних та виробничих чинників, за яких здійснюється праця<sup>492</sup>.

Низка науковців ці чинники називають факторами виробничого середовища та трудового процесу, які впливають на працездатність і здоров'я людини<sup>493</sup>. При цьому, виробничим середовищем вони пропонують вважати сукупність фізичних, хімічних, біологічних, психофізіологічних факторів на виробництві, що діють на людину. А факторами трудового процесу у їхньому розумінні є такі його характеристики як: важкість праці та напруженість праці. Важкість праці – це характеристика трудового процесу, яка відображає переважне навантаження на опорно-руховий апарат і функціональні системи організму (серцево-судинну, дихальну та інші, що забезпечують його діяльність). Напруженість праці – характеристика трудового процесу, яка відображає навантаження переважно на центральну нервову систему, органи чуття, емоційну сферу працівника<sup>494</sup>.

Наведене засвідчує, що "істотні умови праці" та "істотні

<sup>491</sup> Морейн І. Б. Перевод на другую работу / Морейн І. Б. – М. : Юрид. лит., 1965. – С. 40.

<sup>492</sup> Процевський О. Новий зміст права на працю – основа реформування трудового законодавства України / О. Процевський // Право України. – 1999. – № 6. – С. 103.

<sup>493</sup> Молодцов М. В. Трудовое право России : учебн. [для вузов] / М. В. Молодцов, С. Ю. Головина. – М. : Изд-во НОРМА, 2003. – С. 94.

<sup>494</sup> Лисюк М. Умови праці на робочих місцях та їх атестація / М. Лисюк // Довідник кадровика. – 2007. – 8 (62). – С. 94..

умови трудового договору” не тотожні поняття. Такої ж думки притримується і О. В. Сгібнева. Вона, зокрема, пише, що поняття “істотні умови трудового договору” характеризує зміст трудового договору, натомість поняття “істотні умови праці” – зміст трудових правовідносин, які виникають у зв’язку з укладенням сторонами трудового договору. При цьому, наголошуючи на змістовних відмінностях цих правових категорій, автор зазначає, що “істотні умови праці” є ширшим поняттям, ніж “істотні умови трудового договору”<sup>495</sup>.

Протилежну думку свого часу висловлював Л. Ю. Бугров. На його переконання, поняття “умови трудового договору” і “умови праці” співвідносяться як ціле і його частина<sup>496</sup>.

Враховуючи наведене, умови праці можна розглядати в двох аспектах:

- 1) як саме середовище та умови, в яких виконується обумовлена трудовим договором робота;
- 2) як складова частина трудового договору.

При цьому, погодження певних умов праці сторонами трудового договору обумовлюватиме їх перетворення в істотні умови. Відтак, при визначенні змісту трудового договору доцільно використовувати поняття “умови трудового договору”, а не “умови праці”.

Ще одним галузевим принципом трудового права є принцип соціального партнерства і договірної встановлення умов праці. Цей принцип проявляється в тому, що до сфери правового регулювання трудових відносин широко залучають недержавні структури (об’єднання роботодавців, об’єднання працівників), які разом з органами виконавчої влади (або і без їхньої участі), на підставі укладення *колективних договорів та угод*, шляхом співробітництва, пошуку компромісів і прийняття узгоджених рішень встановлюють обов’язкові для учасників трудових

<sup>495</sup> Сгібнева О. В. Изменение трудового договора: дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.05 / Сгібнева Ольга Валериевна. – М., 2006. – С. 42

<sup>496</sup> Бугров Л. Ю. Изменение существенных условий труда рабочих и служащих / Л. Ю. Бугров // Вестник Московского университета. Сер. Право. – 1978. – № 1. – С. 58.

правовідносин правила регулювання праці<sup>497</sup>.

Як зазначає Золотухіна Л. О., колективно-договірне регулювання є реалізацією принципу соціального партнерства, який означає активну участь представницьких органів трудящих, у регулюванні соціально-трудових відносин<sup>498</sup>.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про колективні договори та угоди» колективний договір, угода укладаються на основі чинного законодавства, прийнятих сторонами зобов’язань з метою регулювання виробничих, трудових і соціально-економічних відносин і узгодження інтересів працівників та роботодавців.

Колективний договір укладається на підприємствах, в установах, організаціях незалежно від форм власності і господарювання, які використовують найману працю і мають право юридичної особи. А тому, роботодавець-фізична особа не може бути стороною колективного договору.

Колективний договір може укладатися в структурних підрозділах підприємства в межах компетенції цих підрозділів.

Угода укладається на національному, галузевому, територіальному рівнях на двосторонній або тристоронній основі: на національному рівні – генеральна угода; на галузевому рівні – галузеві (міжгалузеві) угоди; на територіальному рівні – територіальні угоди.

Сторонами колективних угод є сторони соціального діалогу, склад яких визначається відповідно до законодавства про соціальний діалог.

<sup>497</sup> Трудове право України : Академічний курс : підруч. [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / [П. Д. Пилипенко, В. Я. Бурак, З. Я. Козак та ін.] ; за ред. П. Д. Пилипенка. – К. : Концерн “Видавничий дім “Ін Юре”, 2003. – С. 51.

<sup>498</sup> Золотухіна Л. О. Договірні форми реалізації соціально-економічних прав та інтересів працівників в Україні: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.05. “Трудове право; право соціального забезпечення” / Л. О. Золотухіна. – Х., 2007. – С. 11.

Так у ч. 2 ст. 4 Закону України «Про соціальний діалог в Україні» визначено, що до сторін соціального діалогу належать: на національному рівні – профспілкова сторона, суб'єктами якої є об'єднання професійних спілок, які мають статус всеукраїнських; сторона роботодавців, суб'єктами якої є об'єднання організацій роботодавців, які мають статус всеукраїнських; сторона органів виконавчої влади, суб'єктом якої є Кабінет Міністрів України; на галузевому рівні – профспілкова сторона, суб'єктами якої є всеукраїнські профспілки та їх об'єднання, що діють у межах певного виду або кількох видів економічної діяльності; сторона роботодавців, суб'єктами якої є всеукраїнські об'єднання організацій роботодавців, що діють у межах певного виду або кількох видів економічної діяльності; сторона органів виконавчої влади, суб'єктами якої є відповідні центральні органи виконавчої влади; на територіальному рівні – профспілкова сторона, суб'єктами якої є профспілки відповідного рівня та їх об'єднання, що діють на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці; сторона роботодавців, суб'єктами якої є організації роботодавців та їх об'єднання, що діють на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці; сторона органів виконавчої влади, суб'єктами якої є місцеві органи виконавчої влади, що діють на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці. На території відповідної адміністративно-територіальної одиниці стороною соціального діалогу можуть бути органи місцевого самоврядування в межах повноважень, визначених законодавством.

Відповідно до ст. 3 Закону України «Про колективні договори та угоди» сторонами колективного договору є роботодавець з однієї сторони і один або кілька профспілкових органів, а у разі відсутності таких органів – представники працівників, обрані і уповноважені трудовим колективом з іншої сторони.

Як видно з норм законодавства, професійні спілки є універсальним представником працівників. Універсальність їх представництва проявляється в тому, що профспілки

здійснюють свою діяльність на всіх рівнях колективно-договірного регулювання трудових правовідносин<sup>499</sup>.

Згідно з ч. 3 ст. 36 Конституції України громадяни мають право на участь у професійних спілках з метою захисту своїх трудових і соціально-економічних прав та інтересів. Професійною спілкою (профспілкою) вважається добровільна неприбуткова громадська організація, що об'єднує громадян, пов'язаних спільними інтересами за родом їх професійної (трудової) діяльності (навчання) (ч. 1 ст. 1 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії їх діяльності»).

Формами захисної діяльності профспілок є їх участь у соціально-партнерських стосунках, нормотворча діяльність, здійснення контролю за дотриманням законодавства про працю та участь профспілок у трудових спорах<sup>500</sup>.

Найбільш ефективною формою захисту профспілками прав та інтересів працівників є їх участь у відносинах соціального партнерства шляхом ведення колективних переговорів та укладення колективних договорів та угод загалом та колективних договорів зокрема.

Колективний договір є не лише актом соціального партнерства, а й одним з інститутів трудового права. Він також належить до локальних нормативно-правових актів, дія якого поширюється на конкретне підприємство, установу, організацію, де він був укладений.

<sup>499</sup> Золотухіна Л. О. Договірні форми реалізації соціально-економічних прав та інтересів працівників в Україні: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.05. «Трудове право; право соціального забезпечення» / Л. О. Золотухіна. – Х., 2007. – С. 11.

<sup>500</sup> Стасів О. Захист трудових і соціально-економічних прав професійними спілками та іншими уповноваженими трудовим колективом органами / О. Стасів // Вісник Львівського ун-ту. – Сер. юрид. – Вип. 51. – 2010. – С. 267.

В юридичній літературі всі умови, що складають зміст колективного договору, поділяються на три групи: інформативні, зобов'язальні та нормативні<sup>501</sup>.

Інформативні умови дублюють норми чинного законодавства про працю, умови колективних угод вищого рівня, наприклад, про мінімальну тривалість щорічної основної відпустки, про мінімальний розмір заробітної плати, максимальну тривалість робочого часу. Закріплення таких умов у колективному договорі спрямоване на реалізацію права працівників на ознайомлення з нормами трудового законодавства, до якого вони не завжди мають доступ. Однак в умовах розвитку інформаційного простору дедалі більше людей можуть ознайомитися з чинним законодавством України через мережу Інтернет, а тому значення інформативних умов знижується, а як наслідок ці умови часто не включаються до змісту колективного договору.

Зобов'язальними умовами є взаємні права та обов'язки сторін, якими сторони наділяються та беруть на себе. Ці умови є обов'язковими для виконання роботодавцем та всіма працівниками конкретного підприємства, установи, організації та складають основну (базову) частину змісту колективного договору.

Нормативні умови – це результат локально-правового регулювання трудових правовідносин. До нормативних умов належать умови, що впливають з конкретизації окремих норм КЗпП України, а також умови, які встановлюють додаткові, порівняно з чинним законодавством, пільги та компенсації для окремих категорій працівників. До прикладу, надання додаткової оплачуваної відпустки, надання грошової винагороди у разі народження дитини у працівника, часткова оплата навчання у вищому навчальному закладі дитини працівника тощо.

<sup>501</sup> Трудове право України : Академічний курс : підруч. [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / [П. Д. Пилипенко, В. Я. Бурак, З. Я. Козак та ін.] ; за ред. П. Д. Пилипенка. – К. : Концерн "Видавничий дім "Ін Юре", 2003. – С. 141.

Таким чином, колективний договір – це локальний правовий акт, в якому конкретизуються умови праці з урахуванням специфіки підприємства, установи, організації та його економічних можливостей<sup>502</sup>.

Основною законодавчою вимогою до колективного договору є вимога, яка полягає в тому, що умови колективного договору, які погіршують порівняно з чинним законодавством і угодами становище працівників, є недійсними.

Лише достатньо повний і змістовний колективний договір може забезпечити стабільні відносини між працівниками і роботодавцями, чітко визначаючи права та обов'язки сторін, стати надійною правовою основою для створення належних умов праці, у тому числі оплати праці<sup>503</sup>.

У результаті аналізу змісту колективного договору слід підтримати думку, що колективний договір поєднує в собі риси як договору, так і нормативно-правового акта. Як договір він укладається після проведення переговорів, містить зобов'язальні умови, діє протягом установленого строку. Водночас наявність нормативних положень (нормативна частина) відрізняє його від інших видів договорів і дає можливість розглядати колективний договір як джерело права<sup>504</sup>.

Ще одним різновидом актів договірної характеру в трудовому праві є *письмові договори про повну матеріальну відповідальність*. Правовою основою застосування таких договорів є ст. 135<sup>1</sup> КЗпП України.

Яковлев В. В., досліджуючи договірну матеріальну відповідальність працівників за трудовим правом, визначив, що

<sup>502</sup> Трудове право: підручник [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / В. В. Жернаков, С. М. Прилипко, О. М. Ярошенко та ін. ; за ред. В. В. Жернакова. – Х. : Право, 2012. – С. 136.

<sup>503</sup> Договір як універсальна правова конструкція : монографія / А. П. Гетьман, В. І. Борисова, О. П. Євсєєв та ін. ; за ред. А. П. Гетьмана, В. І. Борисової. – Х. : Право, 2012. – С. 213.

<sup>504</sup> Колективно-договірне регулювання соціально-трудоових відносин у вищих навчальних закладах III-IV рівнів акредитації: Монографія / О. М. Ярошенко, Г. С. Гончарова, С. О. Сільченко та ін.; за ред. проф. О. М. Ярошенка. – Х.: Право, 2009. – С. 24.

договір про матеріальну відповідальність (індивідуальну або колективну) – це письмова угода між роботодавцем і працівником або колективом (бригадою) працівників, що досягли 18-річного віку і виконують роботи, безпосередньо пов'язані з обслуговуванням майна та інших цінностей роботодавця і зазначені у спеціальному переліку, згідно з якою роботодавець зобов'язаний створити умови, необхідні для нормальної роботи і забезпечення цілості майна та інших цінностей, а працівник чи колектив (бригада) працівників зобов'язані забезпечувати цілість ввіреного майна та інших цінностей, а у разі винного незабезпечення їх цілості – в повному розмірі відшкодувати заподіяну роботодавцю майнову шкоду<sup>505</sup>.

Отже, письмові договори про повну матеріальну відповідальність можна укладати з обмеженим колом працівників, до яких належать особи, що досягли 18-річного віку та займають посади чи виконують роботи, передбачені відповідним нормативно-правовим актом – Переліком посад і робіт, які замінюються або виконуються робітниками, з якими підприємством, установою, організацією можуть укладатися письмові договори про повну матеріальну відповідальність за незабезпечення збереження цінностей, які були передані їм для збереження, обробки, продажу (відпуску), перевезення або застосування в процесі виробництва, затвердженим постановою Державного комітету СРСР по праці та соціальним питанням та ВЦРПС від 28.12.1977 р. № 447/24. Цей Перелік діє в Україні і сьогодні.

Обґрунтовуваною є позиція Яковлева В. В., який вважає, що договір про матеріальну відповідальність слід розглядати не лише як юридичний факт, з яким законодавець пов'язує настання відповідальності в повному розмірі заподіяної шкоди, але і як специфічний регулятор відносин, спрямованих на забезпечення цілості майна роботодавця, яке знаходиться у віданні працівни-

<sup>505</sup> Яковлев В. В. Договірна матеріальна відповідальність працівників за трудовим правом : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.05. "Трудове право; право соціального забезпечення" / В. В. Яковлев – Х., 2003. – С. 15.

ків в процесі трудової діяльності<sup>506</sup>. Ми підтримуємо позицію, що термін «договори про працю» треба розглядати у широкому значенні. Це можуть бути як договори у прямому розумінні цього слова (трудовий, колективний, про повну матеріальну відповідальність), що виражаються у формі власне договору, так і угоди, які стосуються умов праці (про переведення чи переміщення працівника, про встановлення неповного робочого часу та ін.)<sup>507</sup>.

А це свідчить про розширення сфери договірного регулювання трудових правовідносин та зростання приватноправових тенденцій у розвитку трудового права як провідної галузі в системі права України.

<sup>506</sup> Яковлев В. В. Договірна матеріальна відповідальність працівників за трудовим правом : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.05. "Трудове право; право соціального забезпечення" / В. В. Яковлев – Х., 2003. – С. 9.

<sup>507</sup> Трудове право України : Академічний курс : підруч. [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / [П. Д. Пилипенко, В. Я. Бурак, З. Я. Козак та ін.] ; за ред. П. Д. Пилипенка. – К. : Концерн "Видавничий дім "Ін Юре", 2003. – С. 56.

## 4.2. Договір як регулятор сімейних правовідносин

Розкриті загальнотеоретичні та методологічні підходи стосовно категорії договору в правовій доктрині свідчать про її універсальність як конструкції, здатної виступати ефективним регулятором приватноправових і окремих публічно-правових відносин. Особливого забарвлення набуває функціональність договору в сфері сімейних правовідносин. Він є іманентно їм притаманним у зв'язку із їх приватноправовою природою, оскільки виступає інструментом забезпечення диспозитивності правового регулювання, яке, як зазначала І. В. Жилінкова, є пріоритетним для сімейних відносин<sup>508</sup>. З.В. Ромовська наголошує на тому, що сімейні відносини – це відносини особистого, приватного, а не публічного характеру. Тому значна питома вага має бути віддана саме «власному» їх регулюванню.<sup>509</sup>

У наукографії стосовно доктрини договору здавалося б існує достатня кількість наукових розробок і концепцій. Водночас проблема «галузевості» інституту договору залишається відкритою для поглиблених наукових розвідок. Це положення зокрема стосується питання договору як регулятора сімейних відносин. Необхідність поглибленого наукового аналізу правового регулювання договірних відносин між подружжям, батьками дитини, батьками і дітьми, іншими членами сім'ї та родичами, особами, які проживають однією сім'єю, – з однієї сторони підтверджується наявністю білих плям у науці сімейного права, що обумовлено специфікою історичного становлення сімейного законодавства, з другої –

яскраво вираженим інтересом науковців до відповідної проблематики.

Праці, присвячені проблемам диспозитивного регулювання сімейних відносин, умовно можна поділити на декілька груп. До першої групи можна віднести праці загальнотеоретичного характеру, автори яких у тому чи іншому ракурсі висловлюють особисте бачення договірного регулювання сімейних відносин, зокрема це розвідки В.К. Антошкіної «Договірне регулювання відносин подружжя» (2006 р.), Н.Ю.Христенко «Право спільної сумісної власності фізичних осіб» (2006 р.), О.В. Некрасової «Застосування цивільного законодавства до сімейних відносин» (2008 р.), Г.М. Ахмач «Договірні правовідносини членів сім'ї» (2009 р.), Л.В.Липець «Врегулювання шлюбних та подібних відносин законом та договором» (2009 р.), М.М.Дякович «Охорона та захист сімейних прав та інтересів нотаріусом» (2014 р.), Л.В. Красицької «Проблеми здійснення та захисту особистих та майнових прав батьків і дітей» (2015 р.), фахові статті О.В.Михальнюк та інші. Другу групу наукових розвідок становлять дослідження, які висвітлюють договірне регулювання майнових правовідносин учасників сімейних відносин, до яких можна віднести наступні праці: І.В.Жилінкової «Проблеми правового режиму майна членів сім'ї» (2000 р.); О.М. Калітенко «Особисті відносини подружжя та відносини подружжя стосовно їх майна» (2001 р.); Т.О.Ариванюк «Правове регулювання відносин власності між подружжям» (2002 р.); Л.В. Афанасьєвої «Аліментні правовідносини в Україні» (2003 р.); Л.В. Сапейко «Правове регулювання аліментних обов'язків батьків та дітей» (2003 р.); Я.В. Новохатської «Правове регулювання майнових відносин подружжя (порівняльно-правовий аспект)» (2006 р.); Л.В.Сапейко, В.А.Кройтор «Аліменти дітям та батькам» (2008 р.); А.О. Овчатової-Редько «Майнові правовідносини жінки та чоловіка, які перебувають у фактичному шлюбі, за законодавством України» (2009 р.) та інші. До третьої групи відносимо праці, в яких автори аналізують конкретні сімейно-правові договірні конструкції, зокрема О.О. Ульяненко «Шлюбний договір у сімейному праві України» (2003 р.),

<sup>508</sup> Жилінкова І.В. Сфера застосування та класифікації договорів у сучасному сімейному праві / І. В. Жилінкова // Право України. - № 9. - 2012. - С. 206-214. - С. 206.

<sup>509</sup> Ромовська З.В. Українське сімейне право. Академічний курс: підручник / З. В. Ромовська. - К.: Правова єдність, 2009. - 500 с. - С.38-39.



О.С.Олійник «Шлюбний договір: порівняльно-правовий аналіз законодавства різних правових систем» (2009 р.), Г.О.Гаро «Шлюбний договір як інститут сімейного права України» (2012 р.). Остання група дослідницьких розвідок в цілому характеризується не так дисертаційними та монографічними результатами, як поступовими кроками на шляху розробки єдиної цілісної концепції інституту сімейного договору, а тому представлена окремими фаховими статтями, присвяченими договору між батьками про сплату аліментів на дитину (Н.А.Д'ячкова, 2013 р.), договору батьків щодо утримання та участі у вихованні дитини (І.М.Рижкова, 2009 р.), договору про припинення права на аліменти на дитину у зв'язку з набуттям права власності на нерухоме майно (Б.Левківський, Є.Виговська, 2012 р.), договору про сурогатне материнство (Р.А.Майданик, 2012 р.; Х.І.Вонсович, 2012 р.; І.Я.Верес, 2013 р.; С.Б.Булеца, 2014 р.), договору про патронат (Ю.Ю.Черновалок, 2009 р.), договору про влаштування дітей до прийомної сім'ї (Л.М.Зілковська, 2013 р.), договору про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу (В.Ю.Євко, 2009 р.) тощо. В цьому контексті варто зауважити, що незважаючи на різницю в підходах, кожна з праць висвітлює в тому чи іншому аспекті питання диспозитивного регулювання сімейних відносин, що в свою чергу слугує своєрідною передумовою для більш детального дослідження окресленої тематики та не перешкоджає подальшому розвитку сімейного права в цьому напрямку. Разом з тим неважко помітити, що існують й певні упущення в сімейно-правовій науці щодо проведення змістовно-аналітичних досліджень так званих аліментних договорів, можливість укладення яких передбачена за усіма учасниками сімейних правовідносин (один із прикладів, договір між батьками та їх повнолітніми донькою, сином, які досягли повноліття, але продовжують навчання); договорів, які укладаються між батьками щодо майна, яке належить малолітній дитині; договорів, які регулюють питання влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування; договорів між «тими родичами, хто перебуває у дальших ступенях побічного кровного споріднення» та між

«особами, які не названі у Сімейному кодексі учасниками сімейних відносин».<sup>510</sup> Відкритим залишається договірне регулювання особистих немайнових відносин у сімейній сфері.

Водночас, науковці вище перелічених праць спробували і продовжують вирішувати непросту задачу – створення цілісного багатогранного вчення про сімейно-правовий договір. І це тільки початок теоретичних напрацювань одного з напрямків розвитку доктрини національного сімейного права, без вивчення якого ускладнюється правозастосовча діяльність. Тому можна сміливо стверджувати, що дослідження ролі договору в регулюванні сімейних правовідносин є перспективним за своїм характером дослідженням, складність якого є очевидною й для теоретиків, й для практиків, й для законодавця.

Опрацювання наявного наукового доробку в сфері договірної регулювання сімейних відносин, дозволяє констатувати наявність наступних порушених теоретиками проблем у доктрині сімейного права:

1) відсутність єдиного підходу щодо терміну, який слід використовувати для назви договірних конструкцій в сімейному праві. Законодавство і доктрина оперує термінами «договори в сімейній сфері (договори в сімейному праві)»<sup>511</sup>, «сімейно-правові договори», «сімейні договори», «домовленість». Так, М.М.Дякович вважає, що оформлені нотаріальним актом домовленість і договір є юридичним фактом та підставою виникнення, зміни чи припинення сімейних правовідносин. Серед іншого, домовленість між суб'єктами сімейних відносин може оформлятися у нотаріальному порядку визнання права власності, а згідно із сімейним законодавством – встановлення

<sup>510</sup> Ромовська З.В. Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар / З.В. Ромовська. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 528 с. – С.41.

<sup>511</sup> Договір як універсальна правова конструкція: монографія / А.П. Гетьман, В.І. Борисова, О.П. Євсєєв та ін.; за ред. А.П. Гетьмана, В.І. Борисової. – Х.: Право, 2012. – 432 с. – С.106.

правовідношення.<sup>512</sup> На думку О.В.Михальнюк, поняття «сімейно-правові договори» і «договори в сімейному праві» не є тотожними. Останнє поняття ширше і включає також й інші договори, передбачені сімейним законодавством. При цьому дослідник не розкриває категорії договори в сімейному праві, наголошуючи на тому, що від договорів в сімейному праві слід відмежовувати так звані сімейно-правові домовленості (щоденні сімейні домовленості). В підсумку, О.В.Михальнюк зосереджується на терміні «сімейно-правовий договір», який визначає як приватно-правовий акт, що укладається з метою врегулювання сімейних відносин між членами сім'ї.<sup>513</sup>

Професор З.В.Ромовська для оформлення небуденних потреб оперує виключно категорією сімейний договір.<sup>514</sup>

О.М. Пономаренко, досліджуючи основні перспективні напрямки наукових розвідок договірної регулювання сімейних відносин, структурно розміщує відповідні роздуми в розділі 4 монографії «Харьковская цивилистическая школа: антология семейного права» під назвою «Договоры в семейном праве». Детальне ознайомлення з текстом статті доводить, що автор є «прибічницею» словосполучення «сімейний договір», наголошуючи на необхідності розробки поняття сімейного договору, особливостей його структурних елементів, особливостей укладення, зміни та розірвання.<sup>515</sup>

<sup>512</sup> Дякович М.М. Охорона та захист сімейних прав та інтересів нотаріусом: Монографія / М.М.Дякович. – К.: Істина, 2014. – 520 с. – С.131.

<sup>513</sup> Михальнюк О.В. Семейно-правовые договоры и иные смежные договорные конструкции в семейном праве Украины/ Альманах цивилистики: сб.ст. Вып. 6 / Киев. нац. ун-т имени Т.Шевченко, Юрид. фак-т, каф. гражд. права; под ред. Р. А. Майданика. – К.: Правова єдність; К.: Алерта, 2015. – 554 с. – С.326.

<sup>514</sup> Ромовська З.В. Українське сімейне право. Академічний курс: підручник / З. В. Ромовська. – К.: Правова єдність, 2009. – 500 с. – С.38.

<sup>515</sup> Пономаренко О.М. Об основных перспективных направлениях научных исследований договорного регулирования семейных отношений /Оксана Михайловна Пономаренко// Харьковская

А.О. Дутко під сімейно-правовими договорами розуміє договори, що укладаються між суб'єктами сімейних правовідносин і спрямовані на встановлення, зміну або припинення сімейних прав і обов'язків та є обов'язковими до виконання, якщо не суперечать вимогам СК України, інших законів України та моральним засадам суспільства.<sup>516</sup>

О.В. Некрасова також оперує категорією сімейно-правовий договір, під яким пропонує вважати домовленість, яка має ознаки цивільного правочину, між подружжям, батьками та дітьми, іншими членами сім'ї та родичами, як суб'єктами сімейних і водночас цивільних правовідносин, про виникнення, зміну та припинення майнових, а в окремих випадках особистих немайнових прав та обов'язків, що обумовлені їх сімейно-правовими зв'язками.<sup>517</sup>

На наш погляд, доктрині сімейного права слід оперувати терміном «сімейний договір»;

2) відсутність єдиного розуміння природи договору в сфері сімейних правовідносин: чи можна його вважати якісно іншою конструкцією, що заслуговує на ідентифікацію її як сімейного договору чи все ж таки мова йде про класичний цивільний договір, який знаходить своє застосування в особливій сфері приватноправових відносин.

цивилистическая школа: антология семейного права: монография/ Валерия Константиновна Антошкина, Валентина Ивановна Борисова, Ирина Владимировна Жилинкова, Римма Михайловна Замуравкина, Владимир Андреевич Кройтор, Нац. ун-т "Юрид. акад. Украины им. Я.Мудрого; Под общ. ред. Инна Валентинов" Спасибо-Фатеева. – Х.: Право, 2013. – 240 с. – С.159.

<sup>516</sup> Дутко А.О. Договір як регулятор сімейних відносин: особливі конструкції/А.О. Дутко//Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. – 2013. – Вип. 3. – С. 137. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Nvlduvs\\_2013\\_3\\_18.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Nvlduvs_2013_3_18.pdf)

<sup>517</sup> Некрасова О.В. Развитие договору как регулятора семейных отношений/ О.В.Некрасова// Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Серия: Юридические науки. – 2011. – Т. 24 (63). № 2. 2011. – С. 108.

Варто зауважити, що оптимальним на сьогодні є розуміння сімейно-правового договору як договору приватного права, оскільки він є типовим для відносин, які у цілому базуються на засадах рівності сторін, їх вільному волевиявленні та майновій самостійності. Ознакою, яка характерна для галузей приватного права, є те, що кожна галузь має свій інструмент диспозитивного методу регулювання, зокрема, цивільне право – цивільно-правовий договір, сімейне право – сімейний договір.<sup>518</sup> Водночас позиції науковці різні. До речі, цікавим у порушеній дискусії є один, на перший погляд, непомітний нюанс. Науковці, які розглядають конкретні договірні конструкції, що укладаються між учасниками сімейних правовідносин, завжди наголошують на їх сімейно-правовому характері. Наприклад, Н.А.Д'ячкова, досліджуючи зміст договору між батьками про сплату аліментів на дитину, зазначає, що «за своєю правовою природою зазначений договір... є сімейно-правовим договором, оскільки в результаті його укладення та виконання виникають правові наслідки, передбачені нормами сімейного законодавства, - надання батьками утримання дитині».<sup>519</sup> Ю.Ю.Черновалюк, намагаючись вирішити деякі проблемні питання правового регулювання патронату, наголошує, що незважаючи на різні підходи до визначення природи договору про патронат (цивільно-правової, сімейно-правової, змішаної), цей договір не є цивільно-правовим і на нього не можуть поширюватися положення зобов'язального права.<sup>520</sup>

<sup>518</sup> Дутко А.О. Договір як регулятор сімейних відносин: особливості конструкції/А.О. Дутко//Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. – 2013. – Вип. 3. – С. 136. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Nvlduvs\\_2013\\_3\\_18.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Nvlduvs_2013_3_18.pdf)

<sup>519</sup> Д'ячкова Н. А. Зміст договору між батьками про сплату аліментів на дитину / Н. А. Д'ячкова // Право і Безпека, – 2013. - № 2. – С. 173. - Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Pib\\_2013\\_2\\_34.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Pib_2013_2_34.pdf)

<sup>520</sup> Черновалюк Ю.Ю. Деякі проблемні питання щодо правового регулювання патронату за законодавством України /Юлія Черновалюк // Актуальні проблеми держави і права. – 2009. – Вип.51. – С. 124.

В науковій літературі висловлюється позиція й щодо змішаної, міжгалузевої природи деяких сімейних договорів. Так, О.С.Олійник зазначає, що шлюбний договір є міжгалузевим цивільно-сімейним правочином. При цьому цивільно-правовий характер шлюбного договору має перевагу над сімейно-правовим.<sup>521</sup> Г.О.Гаро стверджує, що шлюбний договір має змішану сімейно-цивільну природу, оскільки з одного боку його можна вважати сімейним договором, якому притаманні ознаки цивільного правочину, а з іншого – цивільним правочином, який має сімейно-правову специфіку.<sup>522</sup> На думку М.М.Дякович, шлюбний договір можна віднести за змістом до сімейно-правового договору, а за формою – до цивільно-правового договору.<sup>523</sup>

Договір про влаштування дітей до прийомної сім'ї, на переконання Л.М.Зілковської, є змішаним договором, маючи в своїй основі сімейно-правові та цивільно-правові норми.<sup>524</sup>

Однозначно, що висвітлені позиції заслуговують на існування в силу наявності цілком об'єктивних аргументів на користь кожної із них. У той же час, варто зазначити, що конструкція договору, проходячи крізь призму специфіки регулювання сімейних правовідносин, не змінює своєї первинної сутності, залишаючись домовленістю двох або більше

<sup>521</sup> Олійник О.С. Шлюбний договір: порівняльно-правовий аналіз законодавства різних правових систем: автореферат дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03/ Олійник Оксана Степанівна// Н.-д, ін-т приват. права і підприємництва, Акад. прав. наук України. – К., 2009. – 20 с. – С.14.

<sup>522</sup> Гаро Г.О. Шлюбний договір як інститут сімейного права України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Г.О. Гаро //НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького, – К., 2012. – 20 с. – С.14.

<sup>523</sup> Дякович М.М. Охорона та захист сімейних прав та інтересів нотаріусом: Монографія / М.М.Дякович. – К.: Істина, 2014. – 520 с. – С.217.

<sup>524</sup> Зілковська Л. М. Договір про влаштування дітей до прийомної сім'ї /Л. М. Зілковська // Наука і правоохорона. – К. – 2013. - № 1 (19). – С.264.

сторін, спрямованою на встановлення, зміну або припинення цивільних (в даному випадку – сімейних) прав та обов'язків (ст. 626 ЦК України).

Наполягання на абсолютній самостійності таких договорів у сімейній сфері не нівелює того факту, що до них застосовуються загальні вимоги ЦК України щодо легітимності використання договору при регулюванні сімейних правовідносин. Мова йде про те, що такий договір повинен відповідати загальним вимогам щодо чинності правочину, передбаченим у ст. 203 ЦК України. Отже, договір при регулюванні сімейних правовідносин своєї класичної сутності, закладеної в положеннях ЦК України, не змінює. На підтвердження висловленої тези можемо звернутися безпосередньо до положень СК України, які наголошують на тому, що якщо особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, батьками та дітьми, іншими членами сім'ї та родичами не врегульовані цим Кодексом, вони регулюються відповідними нормами ЦК України, якщо це не суперечить суті сімейних відносин (ст. 8 СК України). У той же час, проходячи крізь призму специфіки сімейних правовідносин, договір набуває певних кваліфікованих ознак, які дають можливість вести мову про наявність спеціалізованого поняття в межах родової категорії договору.

Системний аналіз особливостей сімейних правовідносин дозволяє окреслити комплекс кваліфікованих ознак конструкції договору в цій сфері. По-перше, сама специфіка сімейних прав та обов'язків визначає зміщення акцентів у функціональному призначенні договору. Якщо у цивільних правовідносинах орієнтація такої конструкції відбувається в основному на забезпечення обігу майнових благ (наприклад, відносин товарообороту), то пріоритетність немайнових прав і обов'язків у сімейних правовідносинах визначає спрямованість договору не просто на розподіл певних майнових благ (наприклад, поділ майна подружжям, надання утримання членам сім'ї тощо), а на забезпечення сімейних прав та інтересів особи, пов'язаних із її сімейно-правовим статусом (дитини, дружини, чоловіка і т.д.).

Традиційно конструкція договору у цивільному праві спрямована на регулювання майнових правовідносин. Аналогічного характеру призначення вона виконує і в сімейних правовідносинах. Однак нормами СК України передбачені і винятки, пов'язані із специфікою цих правовідносин, зорієнтованою на пріоритетність немайнових прав та обов'язків. Адже аксіомою у доктрині сімейного права є теза про те, що майнові права та обов'язки членів сім'ї та інших родичів виникають на підґрунті немайнових. Саме в силу наведених обставин законодавець допускає застосування поіменованих договірних конструкцій, які можуть регулювати окремі немайнові аспекти сімейних правовідносин. В першу чергу мова йде про ст. 109 СК України, в якій передбачена можливість укладення договору дружиною та чоловіком про те, з ким із них після розірвання шлюбу будуть проживати діти, яку участь у забезпеченні їхнього життя братиме той з батьків, хто буде проживати окремо, а також про умови здійснення ним права на особисте виховання дітей. Подібного характеру конструкцію передбачає і ч. 4 ст. 157 СК України, згідно із якою батьки мають право укласти договір щодо здійснення батьківських прав та виконання обов'язків тим із них, хто проживає окремо від дитини. При чому законодавець імперативно визначає не просту, а нотаріально посвідчену письмову форму такого договору.

Доволі цікавими з точки зору дослідження можливості регламентації у договорі немайнових сімейних прав та обов'язків є загальні положення ст. 7 та ст. 9 СК України щодо принципів договірної регуляції, адже їх зміст не містить прямої заборони щодо цього: визначається можливість регулювання у договорі сімейних відносин (без конкретизації яких саме – майнових чи немайнових). Імперативна заборона щодо регулювання у договорі немайнових відносин визначена у ч. 3 ст. 93 СК України – шлюбний договір не може регулювати особисті відносини подружжя, а також особисті відносини між ними та дітьми. Тобто вказаний вид договору передбачений винятково як регулятор майнових правовідносин. Така імперативність, на думку С. Я. Фурси, зумовлена тим, що закон

не передбачає санкцій за порушення особистих немайнових відносин.<sup>525</sup>

Наведені положення є підґрунтям поширення останнім часом у доктрині сімейного права тенденції щодо обґрунтування подальшого розширення можливості регламентації у договорі особистих немайнових прав та обов'язків членів сім'ї та інших родичів. Наприклад, О. В. Михальнюк наголошує на тому, що в умовах побудови правової держави слід позитивно вирішувати питання про можливість регулювання сімейно-правовими договорами, поряд із майновими відносинами, також і особистих немайнових, але за умови, що гарантовані Конституцією України права людини не порушуватимуться.<sup>526</sup>

При визначенні у доктрині та практиці поняття договору загальноприйнятим є посилання на ст. 626 ЦК України, яка визначає договір як домовленість, спрямовану на встановлення, зміну або припинення прав та обов'язків. І якщо у цивільних правовідносинах конструкція договору традиційно виконує роль самостійного юридичного факту, який спричиняє встановлення, зміну чи припинення прав і обов'язків, то у сфері сімейних правовідносин самостійність договору як юридичного факту набуває дещо іншого характеру. Аналіз сімейного законодавства дозволяє нам зробити висновок про те, що зазвичай укладення договорів для регулювання сімейних правовідносин не є самостійним юридичним фактом, який їх породжує чи припиняє. Підтвердженням цьому можуть бути, наприклад, норми щодо шлюбного договору. Відповідно до ч. 1 ст. 95 СК України, якщо шлюбний договір укладено до реєстрації шлюбу, він набирає чинності у день реєстрації шлюбу. Тобто необхідним також є юридичний факт, пов'язаний із реєстрацією шлюбу. Вказане свідчить про те, що договір у сфері сімейних правовідносин виступає у більшості випадків лише елементом

юридичного складу, який спричиняє виникнення або припинення сімейних правовідносин, оскільки завжди супроводжується потребою існування додаткових юридичних фактів. Винятком щодо вказаної ситуації є норми стосовно договірних конструкцій, що використовуються для виникнення сімейних правовідносин при влаштуванні дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування: договір про патронат (ст. 252 СК України), договір між органом, який прийняв рішення про створення прийомної сім'ї та прийомними батьками (ч. 2 ст. 256<sup>4</sup> СК України), договір між органом, який прийняв рішення про створення дитячого будинку сімейного типу та батьками-вихователями (ч. 2 ст. 256<sup>5</sup> СК України). В окреслених ситуаціях ми можемо ідентифікувати договір як самостійний юридичний факт, спрямований на створення сімейних правовідносин, що регулюються сімейним законодавством. В силу цієї особливості названих поіменованих договорів, у доктрині поширеною є позиція про належність їх суто до сімейно-правових договорів, що становлять собою самостійну групу, відмінну від цивільно-правових договірних конструкцій.<sup>527</sup>

Автономність конструкції договору як самостійного юридичного факту в сфері сімейного права проявляється також при зміні сімейних прав та обов'язків, коли йде мова про зміну законного режиму регулювання на договірний. Такий режим, на думку І. В. Жилинкової, формується як режим, що є альтернативним законному (легальному) правовому режиму. Його зміст визначається самими учасниками сімейних правовідносин, але в межах, встановлених законом.<sup>528</sup> Цілком очевидним є те, що договірний режим відмінний від законного, і ця відмінність може проявлятися кількома шляхами. Зокрема, наукова доктрина виходить із того, що якщо певні сімейні відносини встановлені законом, то договором сторони можуть:

<sup>525</sup> Фурса С.Я. Шлюбний контракт в нотаріальному процесі / С.Я. Фурса // Право України. – 2002. – №5. – С.57

<sup>526</sup> Михальнюк О.В. Договірне регулювання особистих немайнових відносин у сімейній сфері / О. В. Михальнюк // Бюлетень Міністерства юстиції України. – №2. – 2014. – С.90.

<sup>527</sup> Сімейне право України : підручник / за заг. ред. В. І. Борисової та І. В. Жилинкової. – 3-тє вид. переробл. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2011. – 260 с. – С.48.

<sup>528</sup> Жилинкова І. В. Брачный договор. Монография. – Х.: Ксилен, 2005. – 173 с. – С.26.

1) деталізувати нормативний припис, не виходячи за його межі, і конкретизувати свої суб'єктивні права та обов'язки; 2) підвищити законодавчий стандарт і закріпити такі суб'єктивні права та обов'язки, які не закріплені в законодавчому мінімумі вимог до сторін.<sup>529</sup>

І ще однією із перманентно притаманних договорам у сфері сімейного права кваліфікованих ознак є можливість у більшості із них комплексного регулювання сімейних прав та обов'язків членів сім'ї та інших родичів. Однак при цьому потрібно враховувати те, що для одних із видів договорів, передбачених СК України, така ознака є статичною, а для інших – допускається можливість такого врегулювання. Прикладом першої конструкції є шлюбний договір, який може містити положення щодо різних майнових аспектів прав і обов'язків подружжя. Стосовно ж другого виду договорів, то з аналізу норм СК України можемо зробити висновок, що це здебільшого непоіменовані конструкції, укладення яких безпосередньо не передбачене нормами кодексу, але й не заборонене, виходячи із тлумачення змісту ч. 1 ст. 9 СК України.

На фоні окреслення загальних кваліфікованих ознак сімейних договорів прослідковується неоднозначність розуміння у доктрині окремих договірних конструкцій, спрямованих на регулювання сімейних відносин. До таких договорів, зокрема, належить договір про сурогатне материнство. Цей договір, на думку Р.А.Майданика, не належить до жодного з відомих законодавчо видів призначеноправових договорів, оскільки є дійсно непоіменованим договором, не закріпленим у законодавстві.<sup>530</sup> Погоджуючись з проф. Р.Майдаником щодо відсутності нормативного закріплення словосполучення «договір про сурогатне материнство», наголошуємо, що в наказі МОЗ України №787 від

09.09.2013 р. «Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні» в п. 6.11 Порядку вказано, що для проведення сурогатного материнства у відповідному закладі охорони здоров'я, з боку подружжя, в інтересах якого воно здійснюється, серед інших документів треба подати нотаріально засвідчену копію письмового спільного договору між сурогатною матір'ю та жінкою (чоловіком) або подружжям.<sup>531</sup> До того ж, нотаріальній практиці відомі випадки як засвідчення справжності підпису на документах, пов'язаних з проведенням сурогатного материнства (на заяві жінки, яка зголошується бути сурогатною матір'ю, так і на заяві подружжя – про те, що вони згодні на цю процедуру), так і підписання договору про сурогатне материнство. Очевидно, що правовідносини щодо сурогатного материнства повинні мати характер договору і тут можна погодитися, що він має посвідчуватися у нотаріальному порядку.<sup>532</sup> Водночас серед науковців, які в цілому визнають необхідність законодавчого регулювання договірних відносин сурогатного материнства, немає одностайної позиції щодо їх правової природи. Так, проф. З.В.Ромовська вважає, що укладений договір повинен відповідати нормам Цивільного кодексу України та моральним засадам суспільства, оскільки СК не торкається природи договорів, за яким такі послуги можуть надаватися, та грошових розрахунків за надані послуги.<sup>533</sup> На цивільно-правову природу договору сурогатного материнства вказують Р.Майданик, О.Михальнюк, А.Головошук. Водночас Х.І.Вонсович стверджує, що договір подружжя (біологічних батьків) з сурогатною матір'ю є договором особливого роду, що містить умови, які

<sup>529</sup> Договір як універсальна правова конструкція: монографія / А.П. Гетьман, В.І. Борисова, О.П. Євсєєв та ін.; за ред. А.П. Гетьмана, В.І. Борисової. – Х.: Право, 2012. – 432 с. – С.102.

<sup>530</sup> Майданик Р. Договір про сурогатне материнство за українським правом: питання теорії та практики / Р. Майданик // Право України. – 2012. – №9. – С. 219.

<sup>531</sup> Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні: наказ МОЗ України від 09.09.2013 р. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13>

<sup>532</sup> Сімейний кодекс України: науково-практичний коментар/ За заг. ред. С.Я.Фурси. – К.: Фурса С.Я., КНТ, 2008. – 1248 с. – С.346-347.

<sup>533</sup> Ромовська З.В. Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар / З. В. Ромовська. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 528 с. – С.254.

мають цивільно-правовий і сімейно-правовий характер.<sup>534</sup> Про змішану природу цього договору говорить й О.А.Явор.<sup>535</sup> Прихильниками сімейно-правової природи договору про сурогатне материнство є проф. С.Я.Фурса<sup>536</sup>, кандидат юридичних наук І.Я.Верес.<sup>537</sup> Враховуючи, що можливість проведення сурогатного материнства в Україні безпосередньо закладена в нормах СК України, запозичуючи позитивний законодавчий досвід таких країн, як Білорусь, Казахстан, в сімейному законодавстві яких чітко врегульовуються договірні відносини імплантації ембріона, виношування і народження дитини між сурогатної матір'ю і передбаченими батьками (ст. 52 Кодексу Республіки Білорусь про шлюб та сім'ю 1999 року, ст. 54, 55 Кодексу Республіки Казахстан «Про шлюб (подружжя) і сім'ю» 2011 року), вважаємо за доцільне доповнити СК України нормами, які передбачатимуть можливість договірного регулювання відносин сурогатного материнства. До речі, в монографії М.М.Дякович «Охорона і захист сімейних прав та інтересів нотаріусом» запропонований проект статей 123-1, 123-2, 123-3, 123-4 СК України, присвячених сурогатному материнству із визначенням поняття сурогатного материнства, договору сурогатного материнства, його умов, переліком

<sup>534</sup> Вонсович Х.І. Особливості правової природи договору про сурогатне материнство/ Х.І.Вонсович// Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право. – Випуск 19. – Том 2. – Ужгород, 2012. – С 34.

<sup>535</sup> Явор О.А. Правові аспекти сурогатного материнства / О.А.Явор // Університетські наукові записки. – 2012. – № 4. – С. 130. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Unzap\\_2012\\_4\\_20.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Unzap_2012_4_20.pdf)

<sup>536</sup> Сімейний кодекс України: науково-практичний коментар/ За заг. ред. С.Я.Фурси. – К.: Фурса С.Я., КНТ, 2008. – 1248 с. – С.347.

<sup>537</sup> Верес І. Я. Проблеми правового регулювання сурогатного материнства /І.Я.Верес// Адвокат. – 2013. – №3. – С.28. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/adv\\_2013\\_3\\_6.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/adv_2013_3_6.pdf)

обов'язків сурогатної матері та подружжя, яке має бажання застосувати метод сурогатного материнства.<sup>538</sup>

В контексті існуючої дискусії щодо природи договорів, які можуть укладатися учасниками сімейних відносин, висловлюється думка про існування в теорії сімейного права так званих «квазісімейних» договорів. Так, І.В.Жилінкова<sup>539</sup>, О.В.Михальнюк<sup>540</sup> договори, що укладаються в процесі влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування в патронатні сім'ї, дитячі будинки сімейного типу, прийомні сім'ї, розглядають як квазісімейні, тобто такі, які мають певні спільні риси, що відображають їх публічно-правову природу. Публічно-правова природа цих договірних відносин обумовлюється тим, що, по-перше, однієї із сторін договору завжди виступає орган державної влади, по-друге, укладаються такі договори виключно на умовах, визначених законом, і закріплених на імперативних засадах у формі типових договорів. Натомість А.О. Дутко вважає, що договір про патронат, як і договір сурогатного материнства, є особливим видом сімейно-правових договорів, які відповідають меті виникнення сімейних правовідносин.<sup>541</sup> В.Ю. Євко цілком аргументовано наголошує на тому, що договір про організацію

<sup>538</sup> Дякович М.М. Охорона та захист сімейних прав та інтересів нотаріусом: Монографія / М.М.Дякович. – К.: Істина, 2014. – 520 с. – С.473-475.

<sup>539</sup> Договір як універсальна правова конструкція: монографія / А.П. Гетьман, В.І. Борисова, О.П. Євсєєв та ін.; за ред. А.П. Гетьмана, В.І. Борисової. – Х.: Право, 2012. – 432 с. – С.109.

<sup>540</sup> Михальнюк О.В. Семейно-правовые договоры и иные смежные договорные конструкции в семейном праве Украины/ Альманах цивилистики: сб.ст. Вып. 6 / Киев. нац. ун-т имени Т.Шевченко, Юрид. фак-т, каф. гражд. права; под ред. Р. А. Майданика. – К.: Правова єдність; К.: Алерта, 2015. – 554 с. – С.326.

<sup>541</sup> Дутко А.О. Договір як регулятор сімейних відносин: особливості конструкції/А.О. Дутко//Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. – 2013. – Вип. 3. – С. 138. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Nvlduvs\\_2013\\_3\\_18.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Nvlduvs_2013_3_18.pdf)



діяльності дитячого будинку сімейного типу є сімейно-правовим договором з ознаками, притаманними комплексним договорам.<sup>542</sup> Більше того, в доктрині намічається тенденція до збільшення «квазісімейних договорів». Так, М.М. Дякович допускає можливість укладення між органами опіки та піклування і батьками нотаріально посвідчуваного договору на управління нерухомим майном, майном, що є об'єктом підприємницької діяльності, належним їх неповнолітнім дітям, до досягнення ними повноліття з дотриманням вимог ст.177 СК України та відповідних положень ЦК України, які не суперечать сімейному законодавству.<sup>543</sup>

Як вбачається з наведеного, в літературі висловлюються неоднозначні позиції щодо розуміння природи сімейного договору, що в черговий раз підсилює необхідність встановлення чітких меж розуміння диспозитивних засад сімейного права. Також необхідним є проведення межі між договорами в сфері сімейних правовідносин і договорами, що укладаються між членами сім'ї. Так, наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 64 Сімейного кодексу України дружина та чоловік мають право на укладення між собою усіх договорів, які не заборонені законом, як щодо майна, що є їхньою особистою приватною власністю, так і щодо майна, яке є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя. У даному разі матиме місце цивільно-правовий договір і, відповідно, врегульовуватись він має нормами цивільного законодавства. Не буде юридичним фактом в сфері сімейного права і договір між іншими членами сім'ї щодо належного їм майна (наприклад, договір дарування, за яким бабуся як дарувальник передає у власність онукові певну річ; або договір оренди автомобіля між дядьком і

<sup>542</sup> Євко В.Ю. Правова природа договору про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу/В.Ю.Євко // Університетські наукові записки. – 2009. – №3. – С. 71. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Unzap\\_2009\\_3\\_15.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Unzap_2009_3_15.pdf)

<sup>543</sup> Дякович М.М. Охорона та захист сімейних прав та інтересів нотаріусом: Монографія / М.М.Дякович. – К.: Істина, 2014. – 520 с. – С.464.

племінником тощо).<sup>544</sup> О.В.Михальнюк також наголошує, що договори купівлі-продажу, дарування, міни, довічного утримання, спадкові договори, які укладаються між подружжям, батьками і дітьми, іншими членами сім'ї та родичами, не є сімейно-правовими. Вони мають цивільно-правову природу, незважаючи на спеціальний (сімейний) суб'єктивний склад.<sup>545</sup> Водночас, чи то всупереч, чи то на підтвердження вище висловленому, хочеться навести запропоновану Г.М.Ахмач класифікацію договорів, що укладаються між членами сім'ї, залежно від суб'єктного складу за такими групами: а) договори, що укладаються між подружжям – до них належать договори відносно майна, що належить подружжю, аліментні договори, житлові договори, а також спадковий договір; б) договори, що укладаються між подружжям як батьками – договори відносно майна, яке є власністю сім'ї, а також аліментні договори; в) договори між подружжям, їх повнолітніми сином, дочкою і іншими родичами, що проживають однією сім'єю, – залежно від характеру взаємостосунків сторін у даному випадку можуть бути договори, що укладаються відносно майна, що знаходиться у власності сім'ї, аліментні договори або житлові; г) договори між членами сім'ї, що не мають кровної спорідненості, а також спорідненості, не пов'язані з реєстрацією шлюбу, – договори відносно майна сім'ї, житлові договори.<sup>546</sup>

Сьогодні доктрина сімейного права насичена різноманітними класифікаціями сімейно-правових договорів.

<sup>544</sup> Явор О. А. Роль договору в регулюванні сімейних відносин / О. А. Явор // Сучасні проблеми цивільного права та процесу : матеріали «круглого столу», присвяч. пам'яті проф. Чингізхана Нуфатовича Азімова, 19 груд. 2014 р. – Х., 2015. – С. 62.

<sup>545</sup> Михальнюк О.В. Семейно-правовые договоры и иные смежные договорные конструкции в семейном праве Украины/ Альманах цивилистики: сб.ст. Вып. 6 / Киев. нац. ун-т имени Т.Шевченко, Юрид. фак-т, каф. гражд. права; под ред. Р. А. Майданика. – К.: Правова єдність; К.: Алерта, 2015. – 554 с. – С.341.

<sup>546</sup> Ахмач Г.М. Особливості договірної регуляції правовідносин членів сім'ї / Г.М.Ахмач // Актуальні проблеми держави і права. – 2008. – Вип. 38. – С.179-180.



При цьому запропоновані науковцями класифікації насамперед обумовлені позицією розробників щодо цивільно-правової чи сімейно-правової природи договірних конструкцій між учасниками сімейних відносин. Визначальним у цьому питанні є обґрунтування чіткого класифікаційного критерію. Водночас у науковій літературі висловлюється справедлива думка, що «при класифікації сімейно-правових договорів треба спиратися на усталені цивілістичні критерії та враховувати особливості відносин у цій сфері... Притягнення сімейно-правових договорів до традиційної системи договорів цивільно-правових має штучний характер».<sup>547</sup> На продовження висловленої думки проф. І.В.Жилінкова пропонує наступні критерії класифікації сімейно-правових договорів: 1) залежно від сфери договірної регулювання: сімейні договори; договори між учасниками сімейних відносин; «досімейні» або «післясімейні» договори; «квазісімейні» договори; 2) залежно від законодавчого визначення або не визначення моделі договору в сімейній сфері: поіменовані та непоіменовані сімейні договори; 3) за суб'єктом складом учасників у сімейній сфері: між подружжям, колишнім подружжям, фактичним подружжям; між батьками щодо утримання або виховання дитини; між батьками та дітьми; між іншими членами сім'ї та родичами; між учасниками відносин у сфері влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування; 4) за структурою договору: із простою структурою та комплексні договори. Водночас науковець наголошує, що до договорів у сімейній сфері можна застосовувати і загальні класифікаційні підходи, що панують у цивільному праві. Так, за критерієм моменту, з якого договір вважається укладеним договори у сімейному праві можуть бути поділені на реальні (наприклад, договір подружжя про користування спільним майном) та консенсуальні (усі види договорів про сплату аліментів). Залежно від того, хто отримує вигоди з договору в

сімейному праві, можна виділити договори, які укладаються на користь їх учасників, та договори на користь третьої особи.<sup>548</sup>

В цілому, аналізуючи авторське бачення класифікацій сімейно-правових договорів, розроблених проф. І.В.Жилінковою, видається новаторським критерій поділу договорів за їх структурою. Науковий інтерес становить власне питання які сімейно-правові договори науковець розглядає в якості структурно простих, і що слід розуміти під категорією комплексний договір, до якого відноситься шлюбний договір, адже більшість вчених, як вже вище зазначалося, розглядають цей договір як змішаний, міжгалузевий.

О.В.Михальнюк, підтримуючи розроблені І.В.Жилінковою класифікації сімейно-правових договорів, продовжує їх теоретичне обґрунтування та наповнення. Зокрема, науковець за предметом регулювання усі поіменовані в Сімейному кодексі України договори поділяє на чотири основні групи: 1) договори, які тягнуть за собою виникнення договірного режиму майна подружжя; 2) аліментні договори; 3) договори батьків про виховання дітей; 4) шлюбні договори.<sup>549</sup>

Виконання дисертаційного дослідження, присвяченого договірним правовідносинам членів сім'ї, дозволило Г.М.Ахмач запропонувати в якості одного із критеріїв класифікації предмет договору – матеріальні чи нематеріальні блага. Внаслідок цього сімейно-правові договори пропонується поділяти на такі, що укладаються з приводу матеріальних благ і такі, що укладаються з приводу нематеріальних благ.<sup>550</sup>

<sup>547</sup> Договір як універсальна правова конструкція: монографія / А.П. Гетьман, В.І. Борисова, О.П. Євсєєв та ін.; за ред. А.П. Гетьмана, В.І. Борисової. – Х.: Право, 2012, – 432 с. – С.106, 108.

<sup>548</sup> Договір як універсальна правова конструкція: монографія / А.П. Гетьман, В.І. Борисова, О.П. Євсєєв та ін.; за ред. А.П. Гетьмана, В.І. Борисової. – Х.: Право, 2012, – 432 с. – С.108-110.

<sup>549</sup> Михальнюк О.В. Договори в сімейному праві України / О.В. Михальнюк // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2013. - № 10. – С. 90. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/bmj\\_2013\\_10\\_15.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/bmj_2013_10_15.pdf)

<sup>550</sup> Ахмач Г.М. Договірні правовідносини членів сім'ї: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ахмач Ганна Михайлівна // Одеська національна юридична академія. – О., 2009. – 19 с. – С.4-5

На думку М.В. Бориславської, усі договори у сфері сімейного права, зокрема й ті, сторонами яких є подружжя, можна поділити на три групи: 1) ті, що опосередковують правовідносини з приводу майна (про встановлення режиму майна; про встановлення порядку користування майном); 2) договори, що опосередковують правовідносини з приводу надання або припинення права на утримання; 3) договори, які врегульовують як відносини щодо майна, так і щодо матеріального утримання.<sup>551</sup>

Кожна із розроблених вченими класифікацій сімейних договорів є прийнятною для науки сімейного права, адже дозволяє визначити загальні орієнтири в поділі договорів на групи, види, підвиди, що в свою чергу дозволяє законодавцю визначитися з необхідністю правового регулювання тієї чи іншої пропонованої теоретиками договірної конструкції.

Узагальнюючи розроблені на сьогодні наукові підходи до класифікації сімейно-правових договорів та враховуючи появу новаторських неординарних суджень в доктрині сімейного права, видається за можливе запропонувати авторське бачення класифікацій сімейно-правових договорів.

Так, залежно від спрямованості правового результату, сімейно-правові договори можна поділити на:

1) договори щодо подружнього майна (договір про відчуження одним із подружжя на користь другого своєї частки у праві спільної сумісної власності (ч. 2 ст. 64 СК України), договір дружини і чоловіка про визначення порядку користування нерухомістю (ст. 66 СК України), договір про поділ майна, що належить подружжю на праві спільної сумісної власності (ст. 69 СК України), шлюбний договір (гл. 10 СК України);

2) договори щодо реалізації батьківських прав та виконання батьківських обов'язків (так званий договір про

<sup>551</sup> Бориславська М.В. Загальна характеристика договірних регулювань сімейних правовідносин / Марина В'ячеславівна Бориславська // Наукові праці. – 2007. – Т. 69. – Вип. 56. – С. 198.

розірвання шлюбу, в якому визначається питання з ким із подружжя, які розривають шлюб, будуть проживати діти, яку участь у забезпеченні умов їхнього життя братиме той з батьків, хто буде проживати окремо, а також про умови здійснення ним права на особисте виховання дітей (ч. 1 ст. 109 СК України), договір щодо здійснення батьківських прав та виконання обов'язків тим з них, хто проживає окремо від дитини (ч. 4 ст. 157 СК України);

3) договори щодо утримання (договір подружжя про надання утримання (ст. 78 СК України), договір про припинення права на утримання подружжя (ст. 89 СК України), договір між батьками про сплату аліментів на дитину (ст. 189 СК України), договір про припинення права на аліменти для дитини у зв'язку з передачею права власності на нерухоме майно (ст. 190 СК України);

4) договори щодо влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування (договір про патронат (ст. 252 СК України), договір про влаштування дітей до прийомної сім'ї (ч. 2 ст. 256<sup>4</sup> СК України), договір про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу (ч. 2 ст. 256<sup>8</sup> СК України);

5) договори щодо застосування допоміжних репродуктивних технологій (спільний договір між сурогатною матір'ю та жінкою (чоловіком) або подружжям (п. 6.11 Порядок застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні, затверджений наказом Міністерства охорони здоров'я України від 09.09.2013 р. № 787);

6) договори щодо легалізації сімейних відносин (договори, які можуть бути укладені жінкою та чоловіком, які проживають однією сім'єю, але без реєстрації шлюбу (ч. 1 ст. 74 СК України). В цьому контексті доцільно зауважити, що в науковій літературі можливість договірного регулювання сімейних відносин жінки та чоловіка, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі, розглядається як одна з перспективних доктринальних розвідок. Більшість науковців (А.О.Овчатова-Редько.

Н.Ю.Христенко) досліджують питання договірної регулювання виключно майнових правовідносин жінки та чоловіка, що проживають однією сім'єю без реєстрації шлюбу. Зокрема, висловлюється думка, що з метою захисту майнових прав кожного з членів фактичного подружжя в разі виникнення між ними спору щодо цих прав доцільно укласти договір про майновий режим фактичного подружжя.<sup>552</sup> Також припускається можливість укладення фактичним подружжям договорів взаємного утримання, до яких, на думку А.О.Овчатової-Редько, належать договір про надання утримання, договір довічного утримання, спадковий договір та інші.<sup>553</sup> Л.В.Липець, досліджуючи проблеми шлюбних та подібних відносин, урегульованих законом та договором, доводить юридичну необхідність запровадження в доктрину сімейного права таких договірних конструкцій як договір про спільне проживання чи фактичні шлюбні відносини, що дозволить зафіксувати початок їх виникнення та у разі необхідності захистити права таких осіб у суді, та угоду про партнерство, метою якої є врегулювання майнових та особистих немайнових відносин одностатевих пар.<sup>554</sup>

Щодо наведених вище наукових позицій хотілося б зробити одне уточнення. На наше переконання розробники концепцій договірної регулювання відносин жінки та чоловіка, які проживають однією сім'єю без реєстрації шлюбу, не завжди

<sup>552</sup> Христенко Н.Ю. Право спільної сумісної власності фізичних осіб: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Христенко Надія Юріївна// НДІ приватного права і підприємництва Академії правових наук України. – К., 2006. – 20 с. – С.16.

<sup>553</sup> Овчатова-Редько А.О. Майнові правовідносини жінки та чоловіка, які перебувають у фактичному шлюбі, за законодавством України : автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Овчатова-Редько Алла Олександрівна// Одеська національна юридична академія. – О., 2009. – 19 с. – С.13.

<sup>554</sup> Липець Л.В. Врегулювання шлюбних та подібних відносин законом та договором: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Л.В. Липець / Ін-т держави і права ім. В.М.Корецького НАН України. – К., 2009. – 20 с. – С.5.

послідовні у визначенні правової природи відповідних договірних конструкцій (мова йде про сімейно-правову чи цивільно-правову природу). Так, Л.В.Липець вбачаючи необхідність введення в систему сімейного права інституту партнерства, пропонує угоду про партнерство визнати *цивільно-правовим правочином у сфері цивільного права* (виділено авторами), метою якої є врегулювання майнових та особистих немайнових відносин партнерів, на кшталт шлюбного договору.<sup>555</sup> А.О.Овчатова-Редько у підрозділі 4.2 дисертації «Договори «фактичного подружжя» щодо взаємного утримання» аналізує як цивільно-правові договори, умови яких можуть містити положення про взаємне утримання «фактичного подружжя» (договір довічного утримання, спадковий договір), так і сімейно-правовий договір про надання утримання (аліментний договір), який визначає як правочин, за яким одна особа зобов'язується надати утримання іншій особі у розмірі, у спосіб і в строки, встановлені цим договором, за умови, що вони не суперечать умовам і засадам, встановленим законом. При цьому позиція вченої в питанні правової природи відносин між фактичним подружжям виглядає послідовною, адже пропонуючи законодавче закріплення поняття інституту «фактичного шлюбу» зауважує, що це «сукупність норм сімейного та цивільного законодавства (виділено авторами), котрі регулюють майнові, а також деякі немайнові відносини, що виникають внаслідок сумісного проживання (проживання однією сім'єю) чоловіка та жінки, які не перебувають у зареєстрованому шлюбі між собою та з іншими особами».<sup>556</sup>

Погоджуючись з твердженням А.О.Дутко, що однією з основних вимог щодо чинності сімейно-правових договорів є

<sup>555</sup> Там само. – С.13-14.

<sup>556</sup> Овчатова-Редько А.О. Майнові правовідносини жінки та чоловіка, які перебувають у фактичному шлюбі, за законодавством України : автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Овчатова-Редько Алла Олександрівна// Одеська національна юридична академія. – О., 2009. – 19 с. – С.4.

вимога укладення їх у формі, встановленій законом<sup>557</sup>, сімейно-правові договори за формою можна класифікувати на *усні* та *письмові*. Прикладами сімейно-правових договорів, які укладаються в усній формі, можуть бути: домовленість подружжя щодо здійснення права спільної сумісної власності (ст. 63 СК України), домовленість подружжя про поділ неподільних речей (ч. 2 ст. 71 СК України), домовленість між батьками щодо способу виконання ними обов'язку утримувати дитину (ст. 181 СК України) та інші усні домовленості. Письмові сімейно-правові договори, в свою чергу поділяються на прості та нотаріально посвідчені. Прикладами простих письмових договорів є договір про патронат<sup>558</sup> (ст. 252 СК України), договір про влаштування дітей до прийомної сім'ї (ст. 256<sup>4</sup> СК України, постанова КМУ від 26.04.2002 року № 565 «Про затвердження Положення про прийомну сім'ю»), договір про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу (ст. 256<sup>8</sup> СК України, постанова КМУ від 26.04.2002 року № 564 «Про затвердження Положення про дитячий будинок сімейного типу»). Нотаріальне посвідчення письмових сімейних договорів обов'язкове у випадках, передбачених СК України. Так, згідно вимог закону договір про поділ житлового будинку, квартири, іншого нерухомого майна, а також про виділ нерухомого майна дружині, чоловікові зі складу усього майна подружжя (ч. 2 ст. 69 СК України), договір подружжя про надання утримання (ч. 1 ст. 78 СК України), договір про припинення права на утримання одного з подружжя взамін набуття права власності на житловий будинок, квартиру чи інше нерухоме майно або одержання одноразової грошової виплати (ч. 1 ст. 89 СК України), шлюбний договір (ст. 94 СК України), договір між батьками про

сплату аліментів на дитину (ч. 1 ст. 189 СК України), договір про припинення права на аліменти для дитини у зв'язку з передачею права власності на нерухоме майно (житловий будинок, квартиру, земельну ділянку тощо) (ч. 1 ст. 190 СК України) мають бути нотаріально посвідчені. В окремих випадках закон вимагає державної реєстрації сімейного договору (наприклад, договір про припинення права на утримання одного з подружжя взамін набуття права власності на житловий будинок, квартиру чи інше нерухоме майно або одержання одноразової грошової виплати (ч. 1 ст. 89 СК України), договір про припинення права на аліменти для дитини у зв'язку з передачею права власності на нерухоме майно (житловий будинок, квартиру, земельну ділянку тощо) (ч. 1 ст. 190 СК України).

Аналіз норм СК України дозволяє сімейно-правові договори класифікувати залежно від імперативності їх укладення на *вільні* та *обов'язкові*. Безсумнівним видається той факт, що до більшості договірних конструкцій, регулювання яких передбачено сімейним законодавством, не застосовуються правила про примус до їх укладення. Укладення сімейного договору залежить виключно від досягнення домовленості між обома сторонами на основі їх вільного волевиявлення. Водночас законодавець закріпив правила про обов'язковість укладення таких договорів як договір про розірвання шлюбу (ч. 1 ст. 109 СК України), договір про патронат, договір про влаштування дітей до прийомної сім'ї, договір про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу.

Як вбачається, теорію сімейного права можна доповнювати змістовними класифікаціями сімейних договорів, так само як можна доповнювати законодавство новими сімейно-правовими договірними конструкціями. На наше переконання, загальна тенденція розвитку науки сімейного права та сімейного законодавства полягає у тому, що кількість поіменованих договорів у Сімейному кодексі повинна зростати, що відповідатиме його значенню як основному акту сімейного законодавства України. При цьому кількість непоіменованих Сімейним кодексом України договорів повинна зменшуватися,

<sup>557</sup> Дутко А.О. Договір як регулятор сімейних відносин: особливості конструкції/А.О. Дутко//Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. – 2013. – Вип. 3. – С. 138. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Nvlduvs\\_2013\\_3\\_18.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Nvlduvs_2013_3_18.pdf)

<sup>558</sup> Ромовська З.В. Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар / З. В. Ромовська. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 528 с. – С.477.

хоча така позиція не виключає можливості їх деталізації законами та підзаконними актами чинного законодавства.

### 4.3. Процесуальні договори : постановка питання та законодавча перспектива

Останнє десятиріччя характеризується позитивною динамікою досліджень проблем та перспектив процесуального права. У сучасних умовах судової реформи увагу науковців, які ще донедавна сконцентровували свій науковий потенціал на розвідках матеріально-правових інститутів, привертають тенденції до уніфікації й диференціації процесуального права та судочинства в цивільних, господарських та адміністративних справах. Так, проводяться спеціалізовані науково-практичні конференції, виходять з друку галузеві збірники наукових статей та монографії. В цьому контексті варто виокремити ґрунтовні аналітичні дослідження, проведені авторським колективом Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва НАПрН України ім. Ф.Г.Бурчака, які знайшли вираз у монографіях «Проблеми оптимізації цивільного процесу в Україні»<sup>559</sup> (2011 р.), «Теоретико-методологічні засади диференціації та уніфікації в цивільному, господарському й адміністративному судочинстві в Україні» (2013 р.)<sup>560</sup>. Наукові розробки вчених-процесуалістів різних наукових шкіл та практиків у сфері цивільного процесу, міжнародного цивільного процесу, адміністративного процесу, господарського процесу,

<sup>559</sup> Проблеми оптимізації цивільного процесу в Україні: монографія / Берестова І.Е., Бичкова С.С., Бобрик В.І. та ін.; За ред. О.Д.Крупчана. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. – 180 с.

<sup>560</sup> Теоретико-методологічні засади диференціації та уніфікації в цивільному, господарському й адміністративному судочинстві в Україні: монографія/О. А. Белянович, І. Е. Берестова, С. С. Бичкова та ін.; за заг. ред. В. І.Бобрика. – К.: Ред. журн. «Право України», 2013. – 172 с.

міжнародного комерційного арбітражу, виконавчого процесу та нотаріального процесу були об'єднані в збірці наукових статей за загальною редакцією професора С.Я.Фурси «Цивілістична процесуальна думка» (2012 р.)<sup>561</sup>. Питанню єдності цивілістичного процесу присвячена монографія М.Курила «Цивільне процесуальне право України та уніфікація на його основі інших процесуальних галузей права : теорія і практика» (2014 р.), в якій автор наголошує на нагальній необхідності у проведенні уніфікації всього процесуального законодавства (цивільного, господарського, адміністративного) шляхом створення єдиного Судового процесуального кодексу України, в якому необхідно закріпити в окремих розділах особливості розгляду цивільних, господарських, адміністративних, сімейних, житлових, земельних, трудових справ з єдиною загальною частиною регулювання процедури процесуальних правовідносин, окремих процесуальних дій, суті процесуальних інститутів та суб'єктів процесуального права.<sup>562</sup>

Прогнозоване «процесуальне поживавлення» серед представників вітчизняних наукових шкіл та довго триваюче перебування України в режимі реформування судової системи стало відправною точкою для зміни підходів й для законодавця. Так, 28 березня 2015 року набув чинності Закон України «Про забезпечення права на справедливий суд»<sup>563</sup>, прийнятий Верховною Радою України 12 лютого 2015 року, яким у новій редакції викладено Закон України «Про судоустрій і статус суддів» та вносяться зміни до законів України «Про Вищу раду

<sup>561</sup> Цивілістична процесуальна думка: збірник наукових статей; за заг.ред. Фурси С.Я. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2012. – 528 с.

<sup>562</sup> Курило М.П. Цивільне процесуальне право України та уніфікація на його основі інших процесуальних галузей права: теорія і практика: Монографія/М.П.Курило. – Суми: Сумський національний аграрний університет, 2014. – 401 с. – С.5.

<sup>563</sup> Закон України «Про забезпечення права на справедливий суд» від 12 лютого 2015 року// Відомості Верховної Ради України від 01.05.2015. – 2015 р., № 18, / 15.05.2015, № 19-20, ст. 132, стор. 1054, стор. 1010, стаття 132.

юстиції», «Про доступ до судових рішень». Навздогін Закону 20 травня 2015 року Указом Президента України схвалюється Стратегія реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки<sup>564</sup>.

Аналіз наукових розробок, зміна законодавчого підходу до розуміння здійснення правосуддя констатує поступове «повернення обличчям» до розробки та становлення національної процесуально-правової доктрини. На сьогодні, без сумніву, під кутом порівняльного аналізу вітчизняної судової практики та європейського законодавства, доцільно переосмислити сталі на перший погляд інститути та категорії цивільного процесу. Адекватно, без зайвого ажіотажу, відмовитися від стримуючих, іноді занадто категоричних нормативних позицій та подумати над запровадженням нового, дієвого механізму вирішення адміністративних, господарських та цивільних справ, у тому числі шляхом надання сторонам конфлікту реальної можливості регулювати процесуальні відносини як в суді, так і поза судом, шляхом укладення процесуальних договорів.

Наука цивільного процесуального права частково вже наповнена концепціями про процесуальний договір. Серед найбільш відомих іноземних процесуалістів, які займаються дослідженням окресленої проблематики, є Г.Баумгертель, К.Брановицький, Г.Вагнер, В.Вельямінов, В.Грунски, М.Єлісєєв, С.Курочкін, М.Рожкова, Г.Шидермайр та інші.

Детальною розробкою теорії процесуальних договорів відзначилася німецька доктрина, представники якої розглядають процесуальний договір в двох ракурсах: як договір про процесуальні правові наслідки і як договір, основні наслідки якого знаходяться в процесуальній сфері. Так, в Цивільному процесуальному уложенні Німеччини виокремлюються наступні види процесуальних договорів: 1) угода про зміну

родової/територіальної підсудності; 2) угода про вид та розмір забезпечення; 3) угода про зменшення строку; 4) угода про предмет позову; 5) пророгаційна угода про компетенції третейського суду по відношенню до компетенції державного суду. Крім того, судовою практикою виокремлено такі процесуальні договори, як: договірна відмова від подання позовної заяви; договірна обіцянка відкликати позовну заяву з відкритого по справі провадження; договірна відмова від оскарження судових актів; договірна обіцянка відкликати/ не відкликати подану скаргу на судовий акт; угода на підставі § 566 НПУ Німеччини про подання термінової скарги; договірна обіцянка сторони не подавати по відношенню до патенту негативний позов про визнання; договірна відмова від укладення мирової угоди або попереднього судового процесу; договірне обмеження можливості оскарження судових актів; обіцянка за умови набрання судового акту законної сили не вимагати примусового виконання.<sup>565</sup>

У вітчизняній науці першим, хто предметно заговорив про необхідність розробки теорії процесуального договору (угоди), є доктор юридичних наук Ю.Притика. На думку науковця, процесуальний договір є угодою учасників процесуальних правовідносин, спрямованою на досягнення процесуальних наслідків щодо формування порядку розгляду і вирішення їх спору або самої процедури розгляду такого спору, або щодо результатів вирішення спору.<sup>566</sup>

Враховуючи наукову позицію проф. Ю.Притики, аналіз процесуального законодавства України дозволяє до так званих специфічних процесуальних договорів відносити мирову угоду (досудову і судову), третейську (арбітражну) угоду пророгаційну угоду (угоду про підсудність), угоди

<sup>565</sup> Брановицкий К.Л. Процессуальный договор в доктрине гражданского процесса ФРГ//[Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.juristlib.ru/book\\_7063.html](http://www.juristlib.ru/book_7063.html)

<sup>566</sup> Притика Ю.Д. До питання про сутність процесуальних договорів (угод) /Юрій Дмитрович Притика// Право України. – 2014. -№2. – С.197-210. – С. 200.

<sup>564</sup> Указ Президента України «Про Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки» від 20.05.2015 року//Урядовий кур'єр. – 26.05.2015. - №92.

визначення міжнародної підсудності, медіаційну угоду (угоду про примирення).

Водночас національна доктрина відзначається достатньою кількістю розвідок, присвячених окремим різновидам так званих процесуальних угод. Так, однією з найбільш розроблених судових форм вирішення спору є інституція мирової угоди (О.Беляневич, О.Бортнік, Г.Гончарова, А.Згама, В.Масюк, О.Михайлов, П.Немеш, О.Подцерковний, В.Радзивілюк, Д.Соколянський, Л.Фединик, С.Фурса, І.Ясеновець та інші).

Проте дослідження природи мирової угоди характеризується в певній мірі однобічністю. Більшість наукових розвідок присвячено процесуально-правовій складовій цього інституту в обхід дослідження матеріально-правових аспектів мирової угоди. Водночас в останні роки інтерес до мирової угоди виправдано посилюється з врахуванням поступового поширення в суспільстві так званих примирних процедур у судових розглядах справ. До того ж, в усіх європейських країнах спостерігається тенденція до впровадження спрощених судових процедур, які проявляються у заходах щодо полегшення або заохочення сторін до примирення або дружнього врегулювання спору до прийняття його до провадження чи в ході розгляду. Однією із таких спрощених процедур, врегульованих процесуальним законодавством України, є мирова угода. При цьому інститут мирової угоди містить в собі багато складних і суперечливих аспектів, обумовлених «подвійністю» його правової природи. Адже цей інститут більш-менш врегульований нормами Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України), Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України), Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України), Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», не врегульований нормами матеріального законодавства, що неминуче для інституту, який межує на стику процесуального та матеріального права.

Мирова угода – це договір сторін, який затверджується судом на підставі процесуальних дій, договір, який укладається

на підставі взаємних поступок між сторонами, третіми особами, що заявляють самостійні вимоги відносно предмету спору, направлений на його врегулювання, та є підставою припинення провадження по справі.<sup>367</sup> Варто наголосити, що основним завданням мирової угоди є врегулювання спору сторонами, а не його вирішення судом.

Законодавчо поняття мирової угоди чітко визначено ст. 77 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» у редакції від 23.12.2015 року. Під мировою угодою у справі про банкрутство розуміється домовленість між боржником і кредиторами стосовно відстрочки та/або розстрочки, а також прощення (списання) кредиторами боргів боржника, яка оформляється шляхом укладення угоди між сторонами.<sup>368</sup>

Зрозуміло, що можливість ліквідації сторонами наявного правового конфлікту через самостійне врегулювання наявних між ними розбіжностей не вичерпується лише межами диспозиції вказаної норми. Дана обставина обумовлена відмінністю мирової угоди у позовному провадженні від тієї, що укладається в справах про банкрутство. При цьому, граничний лаконізм господарського процесуального законодавства у питаннях регулювання інституту мирової угоди не сприяє формуванню єдиного розуміння його сутності як у доктрині, так і на практиці.

Так, ч.1 ст.175 ЦПК України, ч. 3 ст. 78 ГПК України декларують, що мирова угода може стосуватися лише прав та обов'язків сторін щодо предмета спору. Оскільки предметом

<sup>367</sup> Єфремова І.І. Мирова угода як засіб оптимізації цивільного процесу // Проблеми оптимізації цивільного процесу в сучасних умовах судової реформи: Збірник наукових матеріалів круглого столу (с. Залізний Порт, Херсонська обл., 28-29 травня 2010 р.) / За заг.ред. О.Д.Крупчана, В.І.Бобрика. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2010. – С.73-75. – С.73-74.

<sup>368</sup> Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» № 2343 від 14.05.1992 року // Відомості Верховної Ради України. –1992. – № 31. – Ст. 440.



позову є певна матеріально-правова вимога позивача до відповідача, то обираючи даний спосіб розв'язання конфлікту, сторони у мировій угоді обов'язково повинні прописати умови, розмір та строки виконання зобов'язань. До факультативних умов науковці відносять умови щодо відстрочення або розстрочення виконання зобов'язань відповідачем; відступлення прав вимоги; повного або часткового визнання боргу; розподілу судових витрат та інші вимоги, що не суперечать закону.<sup>569</sup>

Часто у доктрині та практиці судів<sup>570</sup> до числа необхідних для укладення мирової угоди елементів відносять також наявність взаємних поступок щодо предмета спору, однак дана обставина більш характерна для цивільного процесу. У господарському судочинстві такі поступки – це лише побічний результат мирової угоди, її процесуальний ефект, який має місце лише в окремих випадках.

У будь-якому разі, розглядаючи мирову угоду, суд повинен враховувати її комплексну правову природу та керуватися не лише вимогами процесуального закону, а й положеннями цивільного законодавства, насамперед ст.ст. 13, 203 ЦК України.

З метою забезпечення однакового і правильного застосування інституту мирової угоди на практиці, Пленум ВСУ у Постанові від 26.12.2011 р. № 18 «Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої інстанції» надав господарським судам роз'яснення щодо вимог, яким повинна відповідати угода. Так, відповідно до абз. 7 п.3.19. Постанови, господарський суд не затверджує мирову угоду, якщо вона не відповідає закону, або

<sup>569</sup>Белянєвич В.Е. Господарський процесуальний кодекс України: Наук.-практ. комент. – Видання третє. – К.: Видавництво "Юстиніан", 2009. – С. 56.

<sup>570</sup>Постанова Вищого господарського суду України від 02.03.12р., справа № 37/200-10 (н.р.29/12-10) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28\\_3614121.html](http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_3614121.html); Постанова Вищого господарського суду України від 08.09.10р., справа № 2-5/2303-2009(2-28/2554.1-2010) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28\\_2942759.html](http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_2942759.html)

за своїм змістом вона є такою, що не може бути виконана у відповідності з її умовами, або якщо така угода остаточно не вирішує спору чи може призвести до виникнення нового спору. Мирова угода не може вирішувати питання про права і обов'язки сторін, які можуть виникнути у майбутньому, а також стосуватися прав і обов'язків інших юридичних чи фізичних осіб, які не беруть участі у справі або, хоча й беруть таку участь, але не є учасниками мирової угоди. Укладення мирової угоди неможливе і в тих випадках, коли ті чи інші відносини однозначно врегульовані законом і не можуть змінюватись волевиявленням сторін. Крім того, як зазначається у абз. 8 п.3.19, умови мирової угоди повинні безпосередньо стосуватися предмета позову, що виключає зазначення в ній дій, коштів чи майна, які не відносяться до цього предмета. У зв'язку з цим, зокрема, не можуть вкочатися до мирової угоди умови щодо застосування неустойки (штрафу, пені) за невиконання її умов.<sup>571</sup>

Варто вказати, що попри вищезгадані роз'яснення, наявна судова практика все ж не позбавлена суперечностей. Наприклад, у справі за позовом приватного підприємства "Лісексім" до Малого підприємства "Сатурн" про стягнення 356 430,28 грн. заборгованості за поставлений товар, 7 827,28 грн. пені, 2 963,35 грн. інфляційних втрат, 15 149,56 грн. тридцяти процентів річних, господарський суд Волинської області ухвалою від 01.02.2011р. затвердив мирову угоду, згідно з умовами якої відповідач визнав позов в повному обсязі та в рахунок погашення заборгованості зобов'язувався передати позивачу у власність нерухоме майно загальною вартістю 285 108, 09 грн. Рівненський апеляційний господарський суд постановою 16.12.2012 р. вказану ухвалу скасував з передачею справ розгляд місцевого господарського суду. При цьому суд ви

<sup>571</sup>Постанова Пленуму Верховного суду України «Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої інстанції» від 26.12.2011 № 18 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0018600-11>



з того, що у даній справі предметом позову є стягнення заборгованості за договором купівлі-продажу та санкцій за порушення грошового зобов'язання, а не передача нерухомого майна. Відповідно, мирова угода могла стосуватися тільки грошових коштів у межах суми заявлених позовних вимог. ВГСУ постанову апеляційної інстанції залишив без змін (постанова від 10.12.2012 р.).<sup>572</sup> На перший погляд, позиція ВГСУ, яка неодноразово зустрічається у ряді інших справ (постанова ВГСУ від 14.06.2012 р. у справі № 5019/2215/11, постанова ВГСУ від 11.06.2014р. у справі № 914/2537/13),<sup>573</sup> формує узгоджену судову практику щодо неможливості погашення грошових боргів за рахунок передачі прав на інше майно. Однак, наприклад, у постанові від 02.03.2012 р. (справа № 37/200-10(н.р.29/12-10))<sup>574</sup> ВГСУ, скасовуючи судові рішення попередніх інстанцій, вказав, що в умовах мирової угоди дійсно йдеться про передачу об'єкту нерухомого майна, яке не є предметом спору у даній справі. Проте місцевим господарським судом не було з'ясовано – чи порушує такий спосіб розрахунку за зобов'язанням чийх-небудь прав та законних інтересів, оскільки передача майна, яка передбачена умовами мирової угоди – є лише способом виконання зобов'язань. Також, зазначається у постанові, не було взято до уваги позицію іншої сторони у справі, яка не заперечує проти такого способу виконання зобов'язання.

<sup>572</sup> Постанова Вищого господарського суду України від 10.12.2012 р., справа № 05/177-38 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28\\_3930455.html](http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_3930455.html)

<sup>573</sup> Постанова Вищого господарського суду України від 14.06.12р., справа № 5019/2215/11 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/24692426>; Постанова Вищого господарського суду України від 11.06.14р, справа № 914/2537/13 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28\\_4444039.html](http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_4444039.html)

<sup>574</sup> Постанова Вищого господарського суду України від 02.03.12р., справа № 37/200-10 (н.р.29/12-10) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28\\_3614121.html](http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_3614121.html)

З огляду на вищенаведене, мирову угоду слід розуміти як договір сторін про припинення спору на погоджених ними умовах.

Як зазначає В. Беляневич, на відміну від звичайної угоди, мирова угода: 1) укладається в процесі розгляду справи в суді у формі та на умовах, передбачених процесуальним законодавством; 2) підлягає затвердженню судом; 3) не лише змінює матеріально-правові відносини, а й припиняє процесуально-правові; 4) якщо не виконується добровільно, то підлягає виконанню в порядку встановленому для виконання судового акта.<sup>575</sup>

Мирова угода є юридичним фактом як матеріального, так і процесуального права, який породжує відповідні наслідки. В матеріально-правовому аспекті, вона припиняє існуючі права та обов'язки сторін і регулює подальші взаємовідносини шляхом встановлення нових. Як юридичний факт процесуального права, мирова угода має правоприпиняючу дію, оскільки спричиняє завершення судового процесу.<sup>576</sup> Тобто є засобом впливу на динаміку судового розгляду справи.<sup>577</sup>

Згідно із ч.2 ст. 175 ЦПК України, ч.1 ст. 78 ГПК України, умови мирової угоди сторін викладаються в адресованих суду письмових заявах, що долучаються до справи. Ці заяви підписуються відповідно позивачем, відповідачем чи обома сторонами. При цьому, положення зазначених норм жодним чином не регулюють процес мирного врегулювання спору за участі кількох позивачів чи відповідачів. За змістом законодавчих приписів, при обов'язковій співучасті, коли

<sup>575</sup> Беляневич В. Е. Господарський процесуальний кодекс України: Наук.-практ. комент. – Видання третє. – К.: Видавництво “Юстиніан”, 2009. – С. 565.

<sup>576</sup> Крашенинников Е.А. Сборник научных статей в честь 60-летия: сб. науч. ст. / отв. ред. П. А. Варул; Яросл. гос. ун-т им. П. Г. Демидова. – Ярославль: ЯрГУ, 2011. – 207 с.

<sup>577</sup> Беляневич О.А. Процесуальні аспекти укладення мирової угоди в господарському суді/ О.А. Беляневич // Вісник господарського судочинства. – № 2. – 2007. – С. 135 – 137.

предметом спору є спільне право, мирова угода може бути укладена лише за наявності згоди усіх процесуальних співучасників. Разом з тим, якщо йдеться про факультативну співучасть, за якої питання про права та обов'язки однієї із сторін може бути вирішене незалежно від вирішення питання іншого учасника, то можливим є самостійне мирне врегулювання спору кожним із позивачів чи відповідачів.

Розглядаючи можливий суб'єктний склад мирової угоди, не слід забувати й про третіх осіб, які заявляють самостійні вимоги щодо предмета спору. Відповідно до ч.1 ст.34 ЦПК України, ч.3 ст. 26 ГПК України, останні користуються усіма правами позивача, а отже вправі укладати мирові угоди на загальних підставах. Проте, необхідно зважати на те, що самостійний характер їх вимог завжди повністю або частково виключає вимоги позивача, на відміну від співпозивачів, вимоги яких не виключають одна одну. Тому третя особа, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору, може укласти з відповідачем мирову угоду лише в тому випадку, коли первісний позивач відмовляється від позову або суд відмовляє йому в задоволенні позовних вимог. В іншому випадку, суб'єктами мирової угоди разом з третьою особою, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмета позову, мають виступити відповідач і первісний позивач.

Згідно із ч.1 ст. 46 ЦПК України, ч.4 ст.29 ГПК України прокурор, який бере участь у справі, не має права на укладення мирової угоди, не зважаючи на те, що має усі процесуальні права та обов'язки особи, в інтересах якої він діє. На думку О.Подцерковного, така обставина пов'язана з тим, що мирова угода може призводити до поступок з боку сторін, а отже, вони мають характер оперативної діяльності та повинні бути безпосередньо вчинені сторонами.<sup>578</sup> Однак, загалом заборона прокурорам укладати мирові угоди пов'язана з тим, що такі дії

<sup>578</sup> Господарське процесуальне право: підручник / за ред. О. П. Подцерковного, М. Ю. Картузова. – Х.: Одиссей, 2012. – 400 с. – С. 175.

можуть бути вчинені лише учасниками матеріальних правовідносин, на чиїх правах та обов'язках може відобразитися судові рішення.

Таким чином, сторонами мирової угоди можуть бути позивач і відповідач, а також третя особа, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору. Лише вказані особи або їх представники підписують мирову угоду, текст якої складається у вигляді єдиного документа.

На відміну від цивільно-правових договорів, які не містять процесуального аспекту, мирова угода набуває юридичної сили тільки після її «санкціонування» судом. Так, згідно з ч.4 ст.78 ГПК України, про затвердження мирової угоди суд виносить ухвалу, якою одночасно припиняє провадження у справі, що є одноактною (нерозривною) процесуальною дією і не може розцінюватися як два самостійні акти – окремо щодо затвердження мирової угоди і щодо припинення провадження у справі. Натомість, в ЦПК України процедура затвердження мирової угоди значно ускладнена. Так, ст.175 передбачає можливість постановлення судом двох ухвал у зв'язку із розглядом мирової угоди:

1) ухвали про закриття провадження у справі (ч. 4). Ухвала про закриття провадження у справі постановляється в усіх випадках, коли сторони уклали мирову угоду і повідомили про це суд спільною заявою. В такій ухвалі умови мирової угоди не наводяться;

2) ухвали про визнання мирової угоди (ч. 5). Ухвала про визнання мирової угоди постановляється лише за клопотанням сторін і якщо умови мирової угоди не суперечать закону, не порушують права, свободи чи інтереси інших осіб. В іншому випадку суд постановляє ухвалу про відмову у визнанні мирної угоди і продовжує судовий розгляд.

Вимога закону про процесуальне оформлення наслідків укладення мирової угоди двома різними ухвалами, на наш погляд, є необґрунтованою і штучно розділяє одну дію на дві.

Відритим залишається питання оскарження мирової угоди окремо від ухвали про закриття провадження у справі. Так,

В.Масюк виходячи з того, що мирова угода є цивільно-правовим зобов'язанням, а відповідно в цивільних правовідносинах укладення мирової угоди та постановлення ухвали про закриття провадження по справі не може бути одноактною (нерозривною) дією, стверджує, що постановлення відповідної ухвали є наслідком укладення мирової угоди. Тому, на думку науковця, було б більш правильно оскаржувати обидва правові акти (мирову угоду і ухвалу про закриття провадження) окремо. Натомість О.Бортнік наголошує, що переглядатися повинна саме ухвала про закриття провадження, а не про визнання мирової угоди, оскільки остання не є заключною.<sup>579</sup>

Але на практиці суд лише в окремих випадках за клопотанням сторін може постановити ухвалу про визнання мирової угоди. У такому разі окрім мирової угоди, ухвали про закриття провадження у справі з'являється ще й ухвала про визнання мирової угоди. Підсумовуючи, В.Масюк відзначає, що саму мирову угоду за таких обставин оскаржувати непотрібно, оскільки оскарження ухвали про визнання мирової угоди (у порядку п. 8 ч. 1 ст. 293 ЦПК України) може слугувати фактом для застосування таких же правових наслідків, що застосовуються коли умови мирової угоди суперечать закону чи порушують права, свободи чи інтереси інших осіб і суд відповідно постановляє ухвалу про відмову у визнанні мирової угоди і продовжує судовий розгляд. У випадку оскарження ухвали про визнання мирової угоди в апеляційному порядку розгляд справи, в якій було укладено мирову угоду, має бути продовженим.<sup>580</sup>

Натомість в господарському процесуальному законодавстві право на оскарження ухвали про затвердження мирової угоди не

<sup>579</sup> Бортнік О.Г. Мирова угода на стадіях перегляду судових рішень / О. Г. Бортнік // Форум права. – 2009. – № 2. – С. 63–69 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2009-2/09bogpr.pdf>

<sup>580</sup> Масюк В.В. Проблемні питання застосування мирової угоди в цивільному процесі / В.В.Масюк // Науковий вісник Херсонського державного університету. – Серія «Юридичні науки». – Випуск 3. – Том 1. – 2013. – С.93-95. – С.94.

передбачено, однак така процесуальна можливість вбачається зі змісту ст. 80 ГПК України. При цьому, ще в Роз'ясненні від 18.09.1997 р. № 02-5/289 «Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України» ВГСУ, сформулював правову позицію, згідно з якою мирова угода й відповідна їй ухвала господарського суду є процесуально неподільними (п.3).<sup>581</sup> На продовження вищевказаної позиції, в п. 1 Інформаційного листа від 09.04.2009 р. № 01-08/204 «Про деякі питання практики застосування у вирішенні спорів окремих норм процесуального права», ВГСУ чітко й недвозначно роз'яснив, що мирову угоду не можна розглядати як договір у цивільно-правовому розумінні й визнавати недійсним у процедурах позовного провадження, тому що порядок її укладення й затвердження регламентовано відповідними положеннями ГПК України.<sup>582</sup>

Разом з тим, Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» передбачає виняток з правила. Згідно із ч. 2 ст. 82 Закону, за заявою будь-кого із конкурсних кредиторів мирова угода може бути визнана господарським судом недійсною, якщо існують підстави для визнання угоди недійсною, передбачені цивільним законодавством України. Як вже зазначалося вище, мирова угода в позовному провадженні відрізняється від мирової угоди в провадженні у справі про банкрутство, що дає право обґрунтувати доцільність існування відмінностей в оскарженні.

<sup>581</sup> Роз'яснення Вищого арбітражного суду України від 18.09.1997 р. № 02-5/289 «Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України» // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v\\_289800-97/page2](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v_289800-97/page2)

<sup>582</sup> Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 09.04.2009 р. № 01-08/204 «Про деякі питання практики застосування у вирішенні спорів окремих норм процесуального права» // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v\\_204600-09](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v_204600-09)

Ще одним дискусійним питанням є стадії господарського процесу, на яких можливе укладення мирової угоди. Адже поширеною є практика ВГСУ щодо скасування постанов апеляційних інстанцій про затвердження мирової угоди сторін (постанова ВГСУ від 30.03.2011 р. № 02/44-20(8/62-20), постанова ВГСУ від 31.08.2011 р. № 3/86).<sup>583</sup> При цьому касаційна інстанція керується положеннями Інформаційного листа ВГСУ «Про деякі питання практики застосування норм Господарського процесуального кодексу України, порушені у доповідних записках про роботу господарських судів у 2005 році та в I півріччі 2006 року» від 20.10.2006 р. № 01-8/2351. Згідно з п. 4 вказаного Інформаційного листа, затвердження апеляційною інстанцією мирової угоди, укладеної сторонами в процесі апеляційного провадження, не є можливим, оскільки це потягло б за собою скасування рішення місцевого господарського суду з відповідної справи, що допускається виключно з підстав, передбачених ст. 104 ГПК України.

З огляду на таку практику, викликає запитання п.8 постанови Пленуму ВГСУ від 17.05.2011 р. № 7 «Про деякі питання практики застосування розділу XII Господарського процесуального кодексу України».<sup>584</sup> Як зазначається в абз. 2, 3 п. 8 правила, які встановлено тільки для розгляду справ у першій інстанції, застосуванню апеляційним судом не підлягають. Зокрема, уточнив ВГСУ, не повинні застосовуватись апеляційним судом правила про об'єднання позовних вимог (ст. 58 ГПК України), про подання зустрічного

<sup>583</sup> Постанова Вищого господарського суду України від 30.03.2011 р., справа № 02/44-20(8/62-20) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28\\_3203153.html](http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_3203153.html); Постанова Вищого господарського суду України від 31.08.2012р., справа № 3/86 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28\\_3388952.html](http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_3388952.html)

<sup>584</sup> Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 17.05.2011 р. № 7 «Про деякі питання практики застосування розділу XII Господарського процесуального кодексу України» // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0007600-11>

позову (ст. 60 ГПК України) та про видачу наказу (ст. 116 ГПК України), однак не про затвердження мирової угоди (уточнено нами – Н. С.). Також варто згадати, що положення розділів I - XI ГПК України мають загальний характер і можуть застосовуватись апеляційним судом з урахуванням конкретних обставин, оскільки під час розгляду справи в апеляційній інстанції суд відповідно до ч. 1 ст.101 ГПК України повторно розглядає справу та згідно із ст.103 ГПК України має право скасувати рішення повністю або частково і прийняти нове рішення. По суті, зазначене стосується й касаційного провадження. Отже, в ГПК України не передбачено часових обмежень у реалізації процесуального права сторін на укладення мирової угоди, що відповідає міжнародній практиці.

Таким чином, інститут мирової угоди в національному судочинстві необґрунтовано залишений поза увагою законодавця. При цьому, практика заповнення прогалин правового регулювання постановами вищих судових інстанцій не сприяє широкому застосуванню договірної саморегуляції учасниками спірних правовідносин.

Ще однією договірною конструкцією, укладення якої можливе в результаті проведення процедури примирення, є медіаційна угода як результат медіації.

Процедура медіації визнається різновидом процедури примирення сторін, в основі якої лежить врегулювання спору або конфлікту шляхом досягнення сторонами взаємовигідного, компромісного рішення, яке буде задовольняти обидві сторони, за участю третьої нейтральної особи – медіатора, який, здійснюючи загальне керівництво процедурою, допомагає сторонам досягти максимально ефективного рішення самостійно.<sup>585</sup>

<sup>585</sup> Маркова О.О. Щодо можливості використовувати договір в процедурі примирення сторін для врегулювання конфліктів та спорів: порівняльний аналіз із законодавством країн Європейського Союзу / О. О. Маркова // Форум права. – 2014. – № 3. – С. 207–212 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/jpdf/FP\\_index.htm\\_2014\\_3\\_35.pdf](http://nbuv.gov.ua/jpdf/FP_index.htm_2014_3_35.pdf). – С.208-209.

Медіація, на погляд Г. Гончарової, має певні переваги порівняно з розглядом справ у суді. По-перше, вона забезпечує швидкість; по-друге, відсутність чітких процедурних рамок сприяє більш вільній атмосфері та готовності сторін конфлікту до співпраці; по-третє, прийняття рішення, яке досягнуто шляхом консенсусу, в подальшому, як правило, виконується, і, насамкінець, медіація сприяє комунікації між сторонами, а саме, згуртованості в суспільстві взагалі.<sup>586</sup>

Результатом проведення процедури примирення сторін є укладення медіаційної угоди. Законодавчо ця договірна конструкція досі не врегульована в Україні, незважаючи на відповідні рекомендації Ради Європи. Аналіз КАС України, ГПК України, ЦПК України дозволяє стверджувати, що законодавець не оперує такою категорією в господарському та цивільному процесі, а в адміністративному судочинстві ст. 113 КАС України передбачена можливість укладення угоди про примирення. До речі, варто зауважити, що законодавець в нормах КАС України відійшов від закріплення класичної форми судового врегулювання спору між сторонами у вигляді мирової угоди. Аналіз деяких праць, присвячених примиренню в адміністративному судочинстві, дозволяє констатувати, що переважна більшість науковців (С.Білуга, О. Михайлов, Г.Ткач та інші) між угодою про примирення та мировою угодою ставить знак рівності. Такий підхід цілком аргументований законодавчим формулюванням права осіб на мирне врегулювання спору. Так, співставлення норм ч. 1 ст. 113 КАС України (примирення сторін під час підготовчого провадження) і ч. 1 ст. 175 ЦПК України (мирова угода сторін) демонструє тотожність цих інституцій, які укладаються сторонами з метою врегулювання спору на основі взаємних поступок, і можуть стосуватися лише прав та обов'язків сторін та предмета позову. Водночас О. Сидельніков вважає підхід ототожнення цих категорій неправильним, оскільки виходячи із сутнісного

<sup>586</sup> Гончарова Г.С. Мiroва угода та медіація: загальні риси та відмінності між ними/ Г.С. Гончарова// <http://ndipzir.org.ua/wp-content/uploads/2014/01/Goncharova.pdf>

аналізу терміну «примирення» в КАС України законодавець скоріше розуміє під ним юридичний факт досягнення згоди з проблемних питань сторін спору, що веде до його ліквідації.

Зовнішньою формою вираження такого примирення є договір, який слугує прямою підставою для закриття провадження в адміністративній справі.<sup>587</sup>

Така законодавча неконкретність і водночас некоректність у термінології дозволила практикуючому судді-медіатору Фрідріх-Йоакім Мемель стверджувати, що впровадження судової медіації в адміністративних судах України, як частини їхньої адміністративної діяльності, не вступає у протиріччя з нормами ст.ст 113, 136 КАС України.<sup>588</sup>

Як вбачається із вище зазначеного, в адміністративному судочинстві законодавчо слід конкретизувати поняття примирення, прописати спосіб і форму примирення – чи це медіація і сторони укладають відповідно медіаційну угоду (або угоду про примирення), чи це класична мирова угода.

До речі, Г. Гончарова розмежовує медіаційну угоду від мирової угоди, зазначаючи, що: 1) мирова угода перевіряється і затверджується судом. Суд може відмовити в затвердженні, якщо встановить, що мирова угода містить такі положення, які порушують права сторін (чи однієї сторони); 2) наявність у процедурі медіації медіатора – особи, яка може допомагати сторонам медіації сформулювати зміст договору, згідно із досягнутими домовленостями. Крім того, що стосується медіаційної угоди, то тут відсутня проблема підсудності, пропуску строку звернень, зниження конфліктності сторін,

<sup>587</sup> Сидельніков О.Д. До визначення поняття та правової природи примирення сторін в адміністративному судочинстві України/ О.Д. Сидельніков// Науковий вісник Херсонського державного університету. – Серія Юридичні науки. Випуск 5. – Том 2. – 2014. – С.248-252. – С.249.

<sup>588</sup> Белінська О.В. Медіація – альтернативне вирішення спорів// О.В. Белінська// Вісник Вищої ради юстиції. - № 1(5). – 2011. – С.158-173. – С.166.

досягнення компромісу за відсутності застосування примусу, є домовленість про мову, рівність сторін.<sup>589</sup>

Відповідно до Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки, схваленої Указом Президента 20.03.2015 р., вбачається за необхідне розширення способів альтернативного (позасудового) врегулювання спорів, зокрема, шляхом практичного впровадження інституту медіації і посередництва.<sup>590</sup>

Розширення меж реалізації принципу диспозитивності у вирішенні конфліктних ситуацій є об'єктивною вимогою часу, а тому назріла потреба у доповненні процесуальних кодексів спеціальним розділом «Примирні процедури» з детальним врегулюванням у ньому усіх процесуальних моментів, пов'язаних з укладенням мирової угоди, проведенням медіації та інших процедур.

Інтенсивний шлях дослідження вітчизняними науковцями правової природи арбітражної та третейської угод засвідчує той факт, що цей інститут договірної регулювання процедурних взаємовідносин сторін не потребує окремої деталізації в запропонованому дослідженні. В працях В.Балуха, І.Бут, С.Задорожної, Г.Лис, Н.Скрипець та інших вчених достатньо чітко окреслені сучасні правові тенденції такої договірної конструкції. До того ж, вичерпні розвідки Ю.Притики, що знайшли відображення в кандидатській дисертації «Правові засади формування і функціонування міжнародного комерційного арбітражу в Україні» (1997 р.) та дисертації на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук «Теоретичні проблеми захисту прав учасників цивільних правовідносин в третейському суді» (2006 р.), не залишають творчого простору для пошуку нових підходів до розуміння арбітражної та третейської угод.

<sup>589</sup> Гончарова Г.С. Мирова угода та медіація: загальні риси та відмінності між ними/ Г.С. Гончарова// <http://ndipzlr.org.ua/wp-content/uploads/2014/01/Goncharova.pdf>

<sup>590</sup> Урядовий кур'єр. – 26.05.2015. - №92.

Натомість самостійних, обґрунтованих досліджень правової природи угоди про підсудність в українській процесуальній науці не спостерігається, хоча цей напрямок у контексті перспективної участі України в Конвенції про угоди про вибір суду 2005 року (далі – Конвенція) та Брюссельської Постанови № 44/2001, без сумніву є актуальним.

В Україні жодний процесуальний кодекс не закріплює право сторін на вибір підсудності. Так звана договірна підсудність, яка передбачалася ст. 112 ЦПК України, на підставі Закону №2453-IV від 07.07.2010 р. була скасована. Саме цією нормою передбачалося, що сторони мали право письмово визначити територіальну підсудність справи, крім справ, для яких встановлена виключна підсудність. Угода про встановлення договірної підсудності могла бути укладена між сторонами договору, який регулюється нормами цивільного, сімейного, земельного права, тобто матеріальних відносин, у разі порушення яких спір розглядається в порядку цивільного судочинства. Угода про встановлення договірної підсудності укладалася у письмовій формі. Вона могла бути укладена не тільки між фізичними особами, але і між фізичною особою і юридичною особою, а також між юридичними особами, але тільки в тому разі, якщо на матеріальні правовідносини, в які вони вступали, поширювалася компетенція судів щодо розгляду цивільних справ.

Водночас доцільно зауважити, що категорично законодавець не відмовився від ідеї договірної підсудності. Так, в ч.2 ст.110 ЦПК України подружжя може домовитися про розгляд справи за зареєстрованим місцем проживання чи перебування будь-кого з них. Ця норма викликає як теоретичний, так і практичний інтерес. Що це за домовленість, в якій формі має бути висловлена тощо? На жаль, ні закон, ні судова практика в постанові Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ №3 від 01.03.2013 р. не дає роз'яснення законодавчої позиції.

В судовій практиці Федерального Верховного Суду ФРН під угодою про підсудність розуміють договір про процесуальні

права та обов'язки, допустимість укладення якого та дію регулюється процесуальним законодавством. При цьому умови чинності такого договору та порядок укладення регулюються нормами цивільного законодавства.<sup>591</sup>

В Україні індивідуалізовано розробкою концепції угоди про підсудність займаються Н.Петренко, Ю.Черняк. Водночас варто зауважити, що ці розробки висвітлюють питання, пов'язані з міжнародною договірною підсудністю, питання, пов'язані з угодами про визначення міжнародної підсудності.

Так, Н.Петренко відносить угоду про підсудність до договорів із змішаною правовою природою, які мають відповідати як нормам матеріального, так і процесуального права. Укладення угоди про підсудність за своїм змістом не відрізняється від укладення будь-якої іншої угоди, в чому і полягає матеріальна сторона договірної підсудності. Угода про підсудність має відповідати основним принципам договірності права, таким, як рівність сторін договору, свобода договору та інші. Однак, при укладенні такої угоди слід дотримуватися і певних обмежень, які мають закріплюватися в нормах процесуального права.<sup>592</sup>

Крім того, науковцем пропонується авторська класифікація угод про підсудність. В залежності від: 1) способу укладення угоди про підсудність поділяються на окремо угоду про підсудність (у вигляді самостійного договору) та угоду про підсудність, як частина основного договору (у вигляді окремого пункту в договорі або додаткової угоди, яка є невід'ємною частиною основного договору); 2) суб'єктного складу та законодавства, яким регулюється укладення

угоди про підсудність, остання поділяється на третейську угоду, арбітражну угоду та угоду про підсудність, яка укладається між національними суб'єктами господарювання

<sup>591</sup> Брановицкий К.Л. Процессуальный договор в доктрине гражданского процесса ФРГ/[Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.juristlib.ru/book\\_7063.html](http://www.juristlib.ru/book_7063.html)

<sup>592</sup> Петренко Н.О. Договірна підсудність справ: поняття та класифікація/ Н.О. Петренко // Правова держава. – 2011. - №13. – С.73-77. – С. 75.

відповідно до діючого процесуального законодавства України: 3) рівня складності: багаторівневі угоди про підсудність (угоди, які передбачають досудовий порядок врегулювання спору) та прості (однорівневі) угоди про підсудність (угоди, які передбачають суд, повноважний у вирішенні спору); 4) кількості об'єктів угоди: угода про підсудність стосовно конкретного спору, який виник між сторонами, угода про підсудність з невизначеною кількістю об'єктів.<sup>593</sup>

М.Рожковою запропоновано угоди про підсудність поділяти на пророгаційні угоди про підсудність (такими угодами сторони визначають підсудність їх справи суду, компетенція якого при відсутності такої угоди не поширюється на їх справу) та дерогаційні угоди про підсудність (такими угодами сторони виключають підсудність їх спору суду, компетенція якого при відсутності такої угоди поширювалася на цю справу).<sup>594</sup>

В цілому варто зауважити, що національній науці варто серйозно поставитися до упущень у сфері угод про підсудність, адже цей інститут для України має прикладний характер.

Проаналізувавши існуючі на сьогодні у вітчизняній доктрині погляди на правову природу так званих різновидів процесуальних договорів з позиції Ю.Притики, заради наукової об'єктивності, доцільно навести погляд М.Рожкової, який є абсолютно протилежним щодо розуміння процесуальних договорів. Так, науковець в монографії «Юридические факты гражданского и процессуального права: соглашения о защите прав и процессуальные соглашения»<sup>595</sup> презентує дві авторські

<sup>593</sup> Петренко Н.О. Договірна підсудність справ: поняття та класифікація/ Н.О. Петренко // Правова держава. – 2011. - №13. – С.73-77. – С.76.

<sup>594</sup> Рожкова М.А., Елисеєв Н.Г., Скворцов О.Ю. Договорное право: соглашение о подсудности, международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашение. – М.: Статут, 2008. – 528 с. – С.17.

<sup>595</sup> Рожкова М.А. Юридические факты гражданского и процессуального права: соглашения о защите прав и



концепції: теорію угод про захист прав і теорію процесуальних угод. При цьому автор одразу розставляє акценти на термінології – термін «угода» є зручним для позначення і двосторонніх цивільно-правових договорів про захист прав (угода про захист прав), і процесуальних актів, в яких поєднується спільна воля двох протилежних сторін (процесуальні угоди).

Виходячи з концепції, запропонованої М.Рожковою, категорія угоди про захист права включає в себе угоди про форми захисту прав, угоди про спосіб захисту прав (мирова угода) та угоди про засоби захисту прав. До того ж, угоди про форми захисту прав поділяються на неюрисдикційні (угоди про переговори, угоди про претензійний порядок, угоди про примирні процедури за участю посередника) та юрисдикційні (третейська угода, угода про підсудність, угода про міжнародну підсудність).

Щодо процесуальних угод, науковець приходить до висновку, що вони не є двосторонньою домовленістю, а становлять по суті односторонній акт (з множинністю учасників на одній стороні), адресований державному суду, який розглядає юридичну справу цих осіб.<sup>596</sup> Висловленій позиції протистоять М.Елісєєв, який стверджує, що процесуальні договори протистоять односторонньому акту – процесуальній дії, яку вчиняє одна із сторін справи. Процесуальний договір укладається в результаті досягнення згоди між сторонами шляхом вчинення ними вольових дій щодо один одного, але не на адресу суду.<sup>597</sup>

Продовжуючи дослідження, М.Рожкова виокремлює ряд передумов для укладення процесуальних угод: 1) прямо передбачені нормами процесуального законодавства; 2) їх укладення можливе за змістом диспозитивних процесуальних

норм; 3) прямо не передбачені законом і не передбачаються за змістом диспозитивних процесуальних норм, але їх укладення цілком можливе, оскільки не усувають дію імперативної процесуальної норми.<sup>598</sup> При цьому до процесуальних угод у державному суді науковець відносить угоду про визнання сторонами фактичних обставин справи, угоду про відкладення судового розгляду у випадку звернення сторін до примирення з метою врегулювання спору, угоду про забезпечення доказів, угоду про забезпечення позову, угоду про призначення експертів, угоду про затвердження мирової угоди тощо.

Як вбачається з наведеного, в науці існують діаметрально протилежні бачення розуміння процесуального договору. Нестандартні підходи, сміливі доктрини, можливість контрактуалізації відносин у процесі згідно з чинними процесуальними кодексами засвідчують, що сьогодні вже запізно категорично відмовлятися від запровадження в національну процесуальну доктрину концепції процесуальних договорів. Тим більше, державою створюються оптимальні умови для врегулювання спорів, уникаючи судової тяганини, яка інколи загострює взаємовідносини між сторонами процесу. Аналіз наукових течій, тем дисертаційних досліджень з проблем держави і права, затверджених в період 2010-2015 рр. Національною академією правових наук України, засвідчує той факт, що офіційно розробкою доктрини процесуального договору в Україні ніхто не займається. Проте, на наше глибоке переконання, вимогою часу є необхідність дослідження врегульованих національним законом договірних процесуальних конструкцій з виходом на розробку самої концепції процесуального договору, її основних напрямків в Україні. Перед вченими-процесуалістами стоїть завдання запропонувати поняття процесуального договору як можливо

процессуальные соглашения/ М.А.Рожкова. – М.: Статут, 2009. – 332 с.

<sup>596</sup> Там само. – С.160.

<sup>597</sup> Елисеев Н.Г. Процессуальный договор/Н.Г.Елисеев. – М.: Статут, 2015. – 368 с.

<sup>598</sup> Рожкова М.А. Юридические факты гражданского и процессуального права: соглашения о защите прав и процессуальные соглашения/ М.А.Рожкова. – М.: Статут, 2009. – 332 с. – С.161-162.



єдину, універсальну для адміністративного, господарського та цивільного процесуального права категорію; визначити правову природу процесуальних договорів, спробувавши дати однозначну відповідь на питання чи є вони різновидом процесуальних дій, які врегульовані нормами процесуального законодавства, чи все ж таки різновидом матеріально-правового договору; дослідити особливості укладення, зміни та припинення дії процесуального договору, можливість оспорування його умов; чітко окреслити питання суб'єктного складу процесуального договору з врахуванням здатності та можливості особи до укладення такого договору тощо.

В запропонованому дослідженні ми ставили за мету частково окреслити дискусійні питання окремих договірних конструкцій, які регулюють процесуальні відносини, з можливістю виходу на їх подальше законодавче регулювання та розробку доктрини договірного права.

#### 4.4. Договірне регулювання природноресурсових відносин

Значення цивільно-правового інституту «договору», як оптимального засобу регуляції відносин, у сучасних умовах неухильно зростає. Тенденції останніх десятиріч, які проявилися у запровадженні ринкових механізмів регулювання відносин, почали поступово проникати і у сферу екологічного, насамперед природноресурсового права. Встановлення різних форм власності на природні ресурси, в тому числі приватної, договірних форм їх регулювання, втягнення природних ресурсів в цивільний оборот стали об'єктивними проявами реформування еколого-правового регулювання. Аналіз сучасного екологічного законодавства дає можливість виявити різні договірні конструкції, які залучені до регулювання відносин, пов'язаних з використанням, відновленням, охороною природних ресурсів та довкілля в цілому.

Ст. 9 ЦК України закріплює: «Положення цього Кодексу застосовуються до врегулювання відносин, які виникають у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля, а також до трудових та сімейних відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства.» Цим самим, по-перше, відбулося включення природноресурсових відносин в сферу цивільно-правового регулювання (на відміну від цивільного законодавства УРСР, яке прямо встановлювало, що норми Цивільного кодексу не поширюються на такі відносини) а по-друге, знайшов закріплення принцип субсидіарного застосування цивільно-правових норм до регулювання відповідних відносин. Не вдаючись в детальний аналіз недоліків і переваг запровадження цивільно-правових, зокрема, договірних механізмів в природноресурсових відносинах хотілося б відзначити, що при такому запровадженні важливо не втратити предметну природноресурсову специфіку, оскільки цивільне право не містить соціальних природоохоронних засад, не враховує необхідність забезпечення збалансованості та збереження природноресурсового потенціалу. На думку О.В. Новикової, сьогодні «важливим і актуальним стає вивчення проблеми врахування публічних інтересів в приватно-правових нормах, що регулюють еколого-правові відносини»<sup>599</sup>. При цьому, у визначенні співвідношення цивільного і природноресурсового права не доцільно шукати пріоритетності тих чи інших норм, адже регулювання в цій галузі з урахуванням сучасних ринкових умов функціонування економічної та правової систем має підпорядковуватись єдиній меті збереження довкілля, раціонального використання природних ресурсів, залучаючи до її реалізації різногалузеві правові форми та механізми і забезпечуючи тим самим максимальну ефективність правового регулювання.

Як зазначається в літературі, сьогодні у більшості науковців немає сумніву, що договір є міжгалузевим досить гнучким

<sup>599</sup> Новикова Е.В. Частное право и экологическое законодательство: влияние и соотношение / Е.В. Новикова [отв. ред. М.М. Бринчук]. – М.: Юрист, 1999. – С. 21.

правовим засобом, за допомогою якого задовольняються різного роду суспільні потреби.<sup>600</sup> Власне тому, аналіз договірних відносин в екологічному праві стає все більш актуальним напрямом наукових досліджень. Останні десятиріччя дослідженню договорів у відносинах, насамперед, використання природних ресурсів присвячені роботи багатьох російських вчених<sup>601</sup>, що пов'язано, в першу чергу, з наявністю в російському законодавстві значної кількості різного характеру договорів у сфері природокористування.

В Україні перший комплексний аналіз загальної системи договорів, що формуються в системі еколого-правових відносин проведений в дисертаційному дослідженні А. К. Соколової ще в 1993 році. Нею обґрунтовувалось існування самостійного *еколого-правового договору* як угоди двох або більше сторін з приводу використання природних ресурсів та об'єктів, їх відтворення і охорони довкілля, а також забезпечення екологічної безпеки громадян, в якій визначаються права і

<sup>600</sup> Мілаш В. Про розвиток господарсько-правового регулювання договірних відносин / В. Мілаш // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 5. – С. 37.

<sup>601</sup> Бринчук М.М. Экологическое право: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. / М.М. Бринчук. – М.: Юрист, 2004. – С. 246-264; Дроздов И.А. Договоры на передачу в пользование природных ресурсов. Учебно-практическое пособие / И. А. Дроздов. – М.: «Проспект», 2001. – 120 с.; Миронова Л. А. Гражданско-правовые договоры в сфере природопользования: автореф. дис. на соиск. уч. ст. к.ю.н.: спец.: 12.00.03 / Миронова Лариса Александровна. – М., 2003. – 30 с.; Хаустов Д.В. Публично-правовые договоры как особый инструмент государственного регулирования природопользования: автореф. дис. на соиск. уч. ст. к.ю.н.: спец.: 12.00.06 / Хаустов Дмитрий Викторович. – М., 2003. – 25 с.; Геталова М.А. Договорные отношения в области охраны окружающей среды: автореф. дис. на соиск. уч. ст. к.ю.н.: спец.: 12.00.06 / Геталова Марина Александровна. – М., 2002. – 24 с.

обов'язки сторін для досягнення єдиної мети при дотриманні еколого-правових приписів.<sup>602</sup>

В широкому розумінні розглядає систему еколого-правових договорів М. В. Краснова в першому навчальному посібнику, присвяченому договорам в екологічному праві України, виділяючи серед них договори в природноресурсовій сфері, договори в природоохоронній сфері, договори в антропоохоронній сфері.<sup>603</sup> Разом з тим, значна маса договорів, які відносяться за цією класифікацією до еколого-правових, як наприклад, договори екологічного страхування, договори на проведення екологічної експертизи, екологічного аудиту, на виконання природоохоронних заходів тощо є класичними цивільно-правовими договорами, які опосередковують сферу природоохоронних та природноресурсових відносин. Сторонами в цих договорах виступають як звичайні суб'єкти підприємницької діяльності, так і, в окремих випадках, спеціально уповноважені державні органи (але не в якості суб'єкта владних повноважень) – замовники і виконавці, які ці послуги надають. Зважаючи на широкий спектр подібного характеру послуг, сфера договірних відносин тут досить різноманітна і багатогранна. Якщо розглядати в якості окремої групи всі названі договори, то це не дасть можливості визначити їх суттєві, специфічні риси, особливості, а об'єднання їх в окрему групу – екологічних – лише за формальною дотичністю до екологічних відносин не базуватиметься на ґрунтовних підставах.

На наш погляд, більш обґрунтованим є виокремлення в самостійну групу *договорів у сфері використання природних ресурсів (природноресурсових договорів, договорів на природокористування)*. Єдиним системоутворюючим критерієм для виокремлення групи природноресурсових договорів

<sup>602</sup> Соколова А. К. Договоры на пользование природными ресурсами : дисс. .... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 / Соколова Алла Константиновна. – Харьков, 1993. – С. 25.

<sup>603</sup> Краснова М. В. Договоры в екологічному праві України : Навч. посіб. / М. В. Краснова. – К. : Алерта, 2012. – С. 35.

предмет договору, ключовою характеристикою якого є природноресурсова специфіка.<sup>604</sup> Природноресурсові договори об'єднують групу договорів, які безпосередньо регулюють передачу в користування і умови використання природних ресурсів. Вони виступають формою регулювання відносин використання природних ресурсів, в яких поєднані приватні і публічні елементи, зумовлені необхідністю захисту публічних екологічних інтересів, а також норм різної галузевої приналежності на основі природноресурсової специфіки, визначеної нормами екологічного, зокрема, природноресурсового права.<sup>605</sup> До таких договорів, представлених в законодавстві України, можна, зокрема, віднести договори оренди землі (ст. 93 ЗК України, Закон України «Про оренду землі»), договори оренди водних об'єктів (ст. 51 ВК України), договори довгострокового тимчасового користування лісами (ст. 18 ЛК України), договори про умови ведення мисливського господарства (ст. 21 Закону України «Про мисливське господарство та полювання»), угоди про розподіл продукції (Закон України «Про угоди про розподіл продукції»), угоди про умови користування надрами (ст. 28 Закону України «Про нафту і газ», Порядок надання спеціальних дозволів на користування надрами) та інші.

Крім особливого предмету, однією з особливостей природноресурсових договорів є наявність значного масиву спеціального законодавства, яке регулює відносини природокористування. Природні ресурси є об'єктами, які перебувають у стійкому системному зв'язку один з одним.

<sup>604</sup> Семків В. В. Договори у сфері використання природних ресурсів: цивільно-правовий аспект : автореф. дис. на здоб. наук. ст. к.ю.н.: спец. 12.00.03 / Семків Віта Василівна. – К., 2013. – С. 4.

<sup>605</sup> Кобецька Н. Р. Договори на використання природних ресурсів / Н. Р. Кобецька // Розробка механізму правового регулювання договірних відносин у підприємницькій діяльності / за ред. В. В. Луця. – К. : НДІ приватного права і підприємництва АПРІ України, 2009. – С. 273.

Відповідно, договори на природокористування регулюються нормами цивільного, господарського, земельного, надрового, водного, лісового законодавства, загального законодавства про охорону навколишнього середовища. Саме тому, для належного правового регулювання суспільних відносин у сфері договірної використання природних ресурсів важливим та необхідним є розмежування дії норм цивільного та спеціального (поресурсового) законодавства.

Специфічною рисою цієї групи договорів є їх значна рекреаційна та охоронна складова. Так, блок охоронних норм, які формують якісно відмінний природоохоронний характер змісту зобов'язань сторін, і пов'язаний з ним блок публічних екологічних інтересів, безперечно є пріоритетними при укладенні та виконанні договірних зобов'язань у цій сфері, адже безумовним імперативом є забезпечення природоохоронних вимог на всіх стадіях користування природним ресурсом.

Важливою особливістю договорів на природокористування є їх суб'єктний склад, а саме наявність обов'язкового суб'єкта в природноресурсових договорах, предметом яких є природні ресурси державної чи комунальної форм власності, – держави в особі уповноваженого органу державної влади. Це пов'язано з тим, що природокористування є сферою публічного інтересу і цей публічний елемент впливає на характер і зміст договорів у цій сфері, а також тим, що в переважній більшості (окрім земельних ділянок та ділянок лісу) законодавство встановлює державну власність на природні ресурси.

У переважній більшості договори на природокористування переобтяжені переліком істотних умов, які стають гіпертрофованими з огляду на визначення умов договору як істотних в спеціальному законодавстві однакової юридичної сили. Аналізуючи спеціальне законодавство ми стаємо свідками відсутності єдиного підходу до розуміння комплексу істотних умов, які необхідні для визнання договорів даної групи укладеними.

Серед специфічних рис природноресурсових договорів можна виокремити також наявність конкурсних засад вибору природокористувача при множинності бажаючих. Так, до

прикладу, ст. 124 ЗК України говорить, що набуття права оренди щодо земельних ділянок державної та комунальної власності відбувається лише на земельних торгах (аукціонах). Таке ж положення можна зустріти в більшості Тимчасових рекомендацій по наданню водних об'єктів та лісових ділянок у користування на умовах оренди.

Не можна оминати увагою при виділенні особливостей природноресурсових договорів наявність прав, які належать третім особам стосовно предмета договорів на природокористування. Загалом вважається, що важливим способом забезпечення публічних інтересів по відношенню до природних ресурсів є регулювання вільного доступу всіх громадян до відповідного природного об'єкта.

Власне ці особливості накладають відбиток на приватно-правові форми регулювання використання природних ресурсів, в тому числі зміст, порядок укладення, значення і особливості застосування договірних форм регулювання. Зокрема, відомий цивільно-правовий принцип свободи договору діє тут зі значними обмеженнями, хоча як підтверджує В. В. Луць «свобода договору не є безмежною: вона існує в рамках чинних нормативно-правових актів...»<sup>606</sup>.

В літературі представлені різні класифікації еколого-правових та власне природноресурсових договорів<sup>607</sup>. Враховуючи їх, та беручи за основу функціональну роль і місце

<sup>606</sup> Луць В. В. Контракти в підприємницькій діяльності : навч. посіб. – 2-е вид., перероб. і допов. / В. В. Луць. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – С.38.

<sup>607</sup> Соколова А. К. Договоры на пользование природными ресурсами : дисс. .... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 / Соколова Алла Константиновна. – Харьков, 1993. – С. 32-46; Краснова М. В. Договоры в экологическом праве Украины : Навч. посіб. / М. В. Краснова. – К. : Алерта, 2012. – С. 35-36; Мороз Л. Н. Улучшение природных ресурсов: Договорные отношения / Л. Н. Мороз. – Минск, 1994. – С. 14-16, Семків В. В. Договоры у сфері використання природних ресурсів: цивільно-правовий аспект : дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Семків Віта Василівна. – К., 2013. – С. 26-27.

договорів в системі юридичних фактів, які породжують виникнення відносин використання природних ресурсів можна виділяти наступні групи договорів:

1. *Природноресурсові договори, які виступають самостійною підставою виникнення відносин природокористування та безпосередньо закріплюють умови його здійснення.* Такий характер має договір оренди природних ресурсів. Як зазначає А. Г. Бобкова, оренда природних ресурсів у сфері господарювання представляє собою організаційно-правову форму реалізації титулу власності для здійснення господарської та іншої діяльності. Для орендаря така оренда представляє собою отримання в платне тимчасове володіння та використання природного ресурсу (його частини) як об'єкта господарювання з метою організації на ньому господарської діяльності і отримання прибутку.<sup>608</sup> Законодавчо в Україні найбільш детально врегульовані договір оренди землі та договір оренди водного об'єкта.

Виходячи з розуміння терміну «оренда природного ресурсу» можна визначити ряд юридичних ознак даного поняття:

- оренда передбачає передачу природного ресурсу у користування (без надання права розпорядження);
- користування є платним, що виявляється у внесенні орендарем плати у визначених договором розмірах орендодавцеві;
- оренда передбачає передачу природного ресурсу у строкове (тимчасове) користування;
- оренда передбачає використання природного ресурсу за цільовим призначенням;

<sup>608</sup> Бобкова А. Г. Оренда як правова форма використання природних ресурсів у сфері господарювання / А. Г. Бобкова // Актуальні проблеми правового забезпечення екологічної безпеки, використання та охорони природних ресурсів : матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 9-10 жовтня 2009 р. / за заг. ред. А. П. Гетьмана, М. В. Шульги. – Харків : Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого, 2009. – С. 24.

- предметом оренди є конкретний природний ресурс або його частина.

Істотними видоутворюючими умовами даної групи договорів є умова про предмет, умова про строк, умова про плату, а також мета договору, яка є юридично значимою та виражає спрямованість договірної зобов'язання.

Звертаючись до аналізу поняття «оренда землі», слід відзначити, що ЗУ «Про оренду землі» під *орендою землі* розуміє засноване на договорі строкове платне володіння і користування земельною ділянкою, необхідною орендареві для проведення підприємницької та інших видів діяльності. Предметом договору оренди земельної ділянки є конкретна, відмежована від інших, земельна ділянка, яка має вказівки на певний розмір та місцезнаходження або її частина. Слід мати на увазі, що законодавець може забороняти оренду деяких земельних ділянок. Так, ЗК України вказує на заборону передачі в оренду земельних ділянок, штучно створених у межах прибережної захисної смуги чи смуги відведення, на землях лісгосподарського призначення та природно-заповідного фонду, що перебувають у прибережній захисній смузі водних об'єктів, або на земельних ділянках дна водних об'єктів. Договір оренди земельної ділянки є строковим, оплатним договором. Необхідність зазначення строку, на який укладається договір, і плати за користування земельною ділянкою впливає з аналізу нормативного визначення договору оренди земельної ділянки, поданого в ч. 1 ст. 792 ЦК України. Також така умова передбачена і в ч. 1 ст. 93 ЗК України, де йдеться про строковість та платність володіння та користування земельною ділянкою. І, нарешті, ЗУ «Про оренду землі», як акт спеціального регулювання, визначає ці умови як істотні для даного виду договору. Важливим та необхідним, на нашу думку, є визначення мети договору оренди земельної ділянки, яка конкретизується шляхом вказівки в договорі цільового використання земельної ділянки, яке, у свою чергу, тісно пов'язане з цільовим призначенням останньої. У зв'язку з детальним правовим регулюванням договору оренди землі та

практичним його поширенням він всесторонньо досліджувався представниками земельно-правової науки.<sup>609</sup>

Особливості договірної конструкції *оренди водних об'єктів* вперше були визначені ст. 51 Водного кодексу України від 6.06.1995 року. Законодавче закріплення права на оренду водних об'єктів дало значний поштовх до поширення такої договірної форми на практиці. Разом з тим, наявність лише однієї статті Кодексу, яка закріплювала ряд загальних підходів до регулювання орендних водних відносин, неузгодженість з нормами інших (насамперед, земельного) галузей права, відсутність затвердженого Кабінетом Міністрів України порядку передачі водних об'єктів в оренду і справляння плати за них привело до суттєвих проблем при укладенні договорів оренди. В процесі застосування ст. 51 Водного кодексу України зазнала змін та доповнень, зокрема в 2000 році, а найсуттєвіших – в 2012 році.

Основною новацією ст. 51 стало положення про те, що водні об'єкти надаються в оренду у комплексі із земельною ділянкою. Питання оренди водного об'єкту (який буквально включає тільки воду) і земельної ділянки під ним та навколо нього, що було чи не найпроблемнішим для практики, неодноразово ставало предметом наукових дискусій.

Водне законодавство також послідовно дотримується принципу цільового використання водних об'єктів. Новою редакцією ст. 51 Водного кодексу України вичерпно визначено, а також розширено перелік цілей, для реалізації яких водні об'єкти можуть передаватись в оренду, а саме, для рибгосподарських потреб, культурно-оздоровчих, лікувальних,

<sup>609</sup> Шульга М. В. Актуальные проблемы правового регулирования земельных отношений в современных условиях : дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.06 / Шульга Михайло Васильович – Харків, 1998. – 397 с.; Носік В. В. Право власності на землю Українського народу: [монографія] / В. В. Носік. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 344 с.; Глотова О. В. Правове регулювання угод із земельними ділянками в Україні: [монографія] / О. В. Глотова. – Одеса : Фенікс, 2008. – 256 с.

рекреаційних, спортивних і туристичних цілей, проведення науково-дослідних робіт.

Особливу увагу при визначенні обсягу прав і обов'язків орендарів слід звертати на забезпечення раціонального використання водних ресурсів, дотримання встановлених природоохоронних обмежень, а також можливість реалізації іншими громадянами своїх невід'ємних екологічних прав. Важливо, в обов'язках орендаря відобразити екологічні зобов'язання по раціональному використанні водних ресурсів, виконанні необхідних заходів по їх охороні та відновленню, припиненні виснаження і руйнування, пріоритети забезпечення екологічних прав громадян, як наприклад, можливість здійснення загального водокористування та суворого додержання режиму водоохоронних зон. Актуальна сьогодні проблема доступності водних об'єктів для здійснення загального водокористування неодноразово обговорювалась в літературі<sup>610</sup>. Нова редакція ст. 51 присвятила цьому питанню багато уваги, чітко ставши на позицію пріоритетності забезпечення права загального водокористування.

Взявши за основу загальновідомі теоретичні визначення оренди, оренду водних об'єктів можна визначити як засноване на договорі строкове платне володіння і користування водним об'єктом в комплексі з земельною ділянкою під ним, необхідне орендареві для задоволення своїх господарських інтересів, відповідно до визначеної мети, за умови забезпечення загального водокористування інших осіб, дотримання

<sup>610</sup> Костяшкін І. О. Правове регулювання реалізації права загального землекористування громадян на землях водного фонду / І. О. Костяшкін // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2004. – №4. – С. 161-162; Анісімова Г. В. Природно-правові засади загального водокористування / Г. В. Анісімова // Проблеми законності: Акад. зб. наук. пр. / відп. ред. В.Я. Тацій. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2009. – Вип. 101. – С. 93.

екологічних зобов'язань щодо раціонального використання і охорони водного об'єкта та на інших погоджених умовах.<sup>611</sup>

Самостійною підставою виникнення відносин користування лісовими ділянками є і передбачений ч. 5 ст. 18 ЛК України *договір довгострокового тимчасового користування лісами приватної власності, який укладається між власниками лісів і тимчасовим користувачем*. Предметом договору довгострокового тимчасового користування лісом є конкретна ділянка лісу певних розмірів з визначеними межами, місцем розташування та своїми особливостями, при тому варто пам'ятати, що вітчизняний ЛК України оперує такими двома поняттями як «лісові ділянки» та «земельні лісові ділянки». ЛК України передбачив можливість укладення договорів оренди лісової ділянки, які хоч формально так і не названі, але висновок про існування яких випливає із суті самого правовідношення, яке породжується договором. При цьому, законодавець розмежовує правовий режим користування лісовими ділянками державної та комунальної форм власності від користування лісовими ділянками приватної власності. Аналіз правового режиму користування лісами державної та комунальної і приватної власності дає підстави стверджувати, що договір є самостійним регулятором відносин користування лісами тільки у тому випадку, якщо йдеться про ліси приватної власності.

*Договором оренди оформлюється також відносини між власниками або користувачами земельних ділянок і користувачами мисливських угідь, що передбачає ст. 21 Закону України «Про мисливське господарство та полювання»*. Він укладається у випадку, коли користувач мисливських угідь не є власником чи користувачем земельних ділянок, на яких вони розміщені. Однак, в цьому випадку виникає питання про об'єкт договору – чи це земельна ділянка із зем

<sup>611</sup> Кобецька Н. Р. Становлення законодавчого регулювання та особливості оренди водних об'єктів / Н. Р. Кобецька // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». – 2013. – Вип. 5. Том 1. – С. 135.

сільськогосподарського чи лісогосподарського призначення (і відповідно регулювання здійснюється на підставі Земельного кодексу України і Закону «Про оренду землі») чи ліс (в порядку ст. 18 Лісового кодексу України). Якщо брати до уваги традиційне ведення мисливського господарства на лісових земельних ділянках, то відповідно до ст. 18 Лісового кодексу України для потреб мисливського господарства ліси передаються в довгострокове тимчасове користування. Якщо ж територія мисливського угіддя включає земельні ділянки різних форм власності та різного цільового призначення (сільськогосподарського, лісогосподарського), то виходить, що договори треба укладати з кожним окремим власником в різному порядку, визначеному спеціальним законодавством.

2. *Природноресурсові договори, які породжують відносини природокористування в сукупності з іншими юридичними фактами.* При цьому, у відповідному юридичному складі договори мають різне значення.

2.1. *Природноресурсові договори, які є похідними від адміністративних актів і укладатись після прийняття відповідних рішень про передачу в користування природних ресурсів.* До таких договорів слід віднести договори, що передбачені у відносинах тимчасового довгострокового користування лісами державної та комунальної власності і договори у відносинах користування мисливськими угіддями.

Необхідність укладення договору при передачі лісів державної та комунальної власності у тимчасове довгострокове користування випливає із закріпленого ч. 3 ст. 18 ЛК України загального поняття довгострокового тимчасового користування лісами, як заснованого на договорі строкового платного використання лісових ділянок, які виділяються для потреб мисливського господарства, культурно-оздоровчих, рекреаційних, спортивних, туристичних і освітньо-виховних цілей, проведення науково-дослідних робіт. При цьому, відповідно до ч. 4 ст. 18 ЛК України таке користування здійснюється на підставі рішення відповідних органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, прийнятого в межах їх повноважень за погодженням з

постійними користувачами лісами та органом виконавчої влади з питань лісового господарства Автономної Республіки Крим, центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері лісового господарства.

Слід звернути увагу на відсутність у ЛК України положень, які б деталізували зміст чи порядок укладення таких договорів. Намагаючись визначити предмет даного договору варто вказати на те, що законодавець у нормативному визначенні договору довгострокового тимчасового користування лісами оперує поняттям «ліси», що видається нам занадто сукупним за своєю суттю. Видається, що лісокористувач, укладаючи договір довгострокового тимчасового користування лісовою ділянкою, автоматично повинен узгоджувати питання, пов'язані із земельною ділянкою, яка його обслуговує і на якій він знаходиться, саме тому предметом договору довгострокового тимчасового користування лісом доцільно вважати конкретну ділянку лісу певних розмірів з визначеними межами, місцем розташування та своїми особливостями. Окрім умови про предмет, важливою є мета лісокористування, особливо з огляду на те, що законодавець закріпив можливість користування лісом в рамках даного договірної типу лише для обмеженого кола цілей, а саме: для потреб мисливського господарства, культурно-оздоровчих, рекреаційних, спортивних, туристичних і освітньо-виховних цілей, проведення науково-дослідних робіт. Строк та плата за користування також є істотними умовами даного договору, при цьому плата за користування лісовою ділянкою у даному випадку має адміністративно-правове забарвлення, адже порядок її справляння визначається перш за все Податковим Кодексом України. В розрізі приватноправового регулювання відносин лісокористування важливими та проблемними питаннями залишаються, по-перше, право лісокористувача здійснювати господарську діяльність на лісовій ділянці (при цьому зміст поняття «господарська діяльність» не тлумачиться законодавцем), по-друге, право користувача зводити тимчасові будівлі та споруди, необхідні для ведення господарської діяльності, яке часто призводить до самовільної забудови ділянок.



В ст. 21 Закону України «Про мисливське господарство та полювання» зазначається необхідність укладення ще одного різновиду договорів – *договору про умови ведення мисливського господарства*, який укладається між центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері лісового та мисливського господарства, і користувачами мисливських угідь. Наказом Мінлісгоспу України від 12.12.1996р. №153 затверджений Типовий договір про умови ведення мисливського господарства [11], предметом якого визначаються мисливські угіддя відповідної площі. Договір передбачає, насамперед, зобов'язання користувача мисливських угідь щодо впорядкування мисливських угідь, виконання комплексу заходів щодо охорони, відтворення, збереження мисливських тварин та умов їх перебування, забезпечення охорони мисливського фонду тощо.

Стосовно сутності цього договору, то в літературі висловлюються думки, що такі договори є, по-суті, договорами щодо користування об'єктами тваринного світу<sup>612</sup>. Але, незважаючи на вказівку в предметі договору на види і кількість диких тварин, інтерес користувача – сторони договору полягає не стільки в користуванні безпосередньо дикими тваринами як окремими живими організмами, як в експлуатації корисних властивостей території, відповідної земельної, лісової ділянки з усіма природними компонентами, яка є середовищем перебування мисливських тварин. Інші дослідники говорять про необхідність розширення орендної форми користування та називають його договором оренди мисливських угідь<sup>613</sup>. Разом з тим даний договір, хоч багато в чому тяжіє до договору оренди, таким не є. Загальновідомо, що орендодавцем є власник майна

<sup>612</sup> Зайчук Г.И. Правовое регулирование охраны и использования животного мира: автореф. дисс. на соиск. научн. ст. канд. юрид. наук: спец. 12.00.06 / Зайчук Григорий Иванович. – Минск, 2001. – С. 15.

<sup>613</sup> Томин О. О. Правове регулювання мисливства та полювання в Україні (на матеріалах Карпатського регіону) : автореф. дис. на здоб. наук. ст. к.ю.н.: спец. 12.00.06 / Томин Олександра Олексіївна. – К., 2009. – С. 12-13.

чи уповноважена ним особа. В даному випадку, стороною договору є центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері лісового та мисливського господарства, якому не делеговані повноваження власника. Крім того, конкретні мисливські угіддя (з огляду на їх значну площу) можуть знаходитись у власності чи користуванні кількох суб'єктів, причому в режимі різних форм власності. Таким чином, договір про умови ведення мисливського господарства є самостійним видом договору, що характеризується особливим предметом, визначеним суб'єктним складом, переважанням адміністративних елементів при встановленні обов'язків орендаря, особливим характером зобов'язань, що впливають з строго цільового порядку використання мисливських угідь. Договір про умови ведення мисливського господарства покликаний в індивідуальному порядку, з урахуванням конкретного об'єкта, визначити і закріпити зобов'язання сторін, насамперед, щодо забезпечення належного стану мисливських угідь, їх збереження, охорони, впорядкування.<sup>614</sup>

2.2. *Природноресурсові договори, які є визначальними по відношенню до адміністративних актів*, породжуючи в сукупності з ними виникнення відносин природокористування. Таким особливим видом договірних конструкцій виступає *угода про розподіл продукції*. Відповідно до ч. 7 ст. 16 Кодексу України про надра спеціальний дозвіл на користування надрами на умовах розподілу продукції видається на підставі укладеної угоди про розподіл продукції і містить усі види користування надрами та інші дані і відомості, передбачені цією угодою.

Варто звернути увагу на дискусії, які точаться навколо визначення предмета угод про розподіл продукції. Ми, в свою чергу, переконані, що таким є конкретна ділянка надр (родовище корисних копалин), на користування якою спрямовані дії інвестора і від користування якою інвестор може

<sup>614</sup> Кобецька Н. Р. Договори у відносинах користування мисливськими угіддями / Н. Р. Кобецька // Право і суспільство. – 2014. – № 1-2. – С. 101.



отримати певну користь. Окрім умови про строк, яка є істотною, важливою і необхідною є умова про плату за договором про розподіл продукції. Саме у частині плати за користування ділянкою надр договори про розподіл продукції є надзвичайно цікавими з правової точки зору, адже розподіл продукції як центральний механізм надрокористування на умовах даного договору фактично дав назву угодам. Зауважимо, що ЗУ «Про угоди про розподіл продукції» містить достатньо об'ємний перелік умов, істотність яких в об'єктивному розумінні може ставитися під сумнів. Серед особливостей договорів про розподіл продукції можна відзначити наявність специфічного суб'єктного складу. Так, угоди про розподіл продукції укладаються між юридично рівними сторонами: державою та інвестором. Намагаючись визначитися з правовою природою договорів про розподіл продукції можна віднести їх до цивільно-правових договорів змішаного характеру, адже зупинятися на визначенні договору про розподіл продукції як в чистому вигляді інвестиційного не зовсім правильно, з огляду на предметну специфіку цього договору, оскільки його суть, яка так чи інакше зводиться до строкової оплатної передачі майна (ділянка надр) у користування.

3. *Допоміжні або, так звані, сервісні природноресурсові договори*, до яких належить угода про умови користування надрами, зміст якої зводиться до деталізації умов дозволу. Вона включає фактично односторонні зобов'язання надрокористувача організаційного, екологічного, фінансового характеру по здійсненню визначеного дозволом виду користування надрами, є невід'ємною частиною дозволу, продовжується, зупиняється, поновлюється та анулюється одночасно з ним. Угода про умови користування надрами є яскравим прикладом дисбалансу взаємодії договору і дозволу на спеціальне природокористування, фактичного ніякої узгодженості волі сторін, по-суті, вона не містить, що приводить до визнання її рядом науковців навіть не договірною конструкцією, а

адміністративним актом.<sup>615</sup> Цікаво, що проект Кодексу про надра, розроблений Кабінетом Міністрів України наприкінці 2013 року, закріпив оформлення всіх відносин з використання надр договором про використання надр, який укладається після прийняття рішення про передачу надр.

Таким чином, сьогодні можна констатувати відсутність в Україні єдиного концептуального підходу до застосування договірних механізмів у відносинах природокористування та їх єдиної правової природи. Без сумніву, сучасні тенденції розвитку законодавства і правозастосовчої практики вимагають розширення договірних форм регулювання в цій сфері, які покликані сприяти більш ефективному природокористуванню, створенню гнучкого механізму збалансування суспільних екологічних інтересів і персоніфікованих інтересів суб'єктів господарювання – природокористувачів.

<sup>615</sup> Барабаш Н.П. Правова природа угоди про умови користування надрами // Матеріали міжнародної науково-практичної конференції «Актуальні проблеми правового забезпечення екологічної безпеки, використання та охорони природних ресурсів» 9-10 жовтня 2009р. / за заг. ред. Гетьмана А.П., Шульги М.В. – Харків: Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого, 2009. – С. 111.

## 4.5. Договір у кримінально-правових відносинах

Кримінальне право та процес відносяться до публічних галузей права, для яких характерним є домінування імперативного методу регулювання та охорони суспільних відносин. Як зазначено в літературі, перевага імперативного методу над диспозитивним у кримінальному праві знаходить свій прояв у такому: 1) за джерелом походження норми кримінального права є централізованими, тобто похідними від публічної влади, а не від договорів (виділено нами – І.К., Ю.М.) між окремими особами; 2) кримінально-правові норми мають для їхніх адресатів наказовий, авторитарний характер, не допускаючи, як правило, домовленості про інші шляхи врегулювання відносин; 3) наслідки порушення кримінально-правових правил визначаються самим фактом злочину, а не вимогою зацікавленої сторони, позбавленої можливості діяти на власний розсуд<sup>616</sup>.

Водночас не можна стверджувати, що концепція «договору» взагалі не властива реалізації охоронних, регулятивних та превентивних кримінально-правових відносин. В першу чергу, слід враховувати величезний вплив міжнародних договорів на кримінальне законодавство. Згідно з ч. 5 ст. 3 Кримінального кодексу України (далі – КК України), закони України про кримінальну відповідальність повинні відповідати положенням, що містяться в чинних міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України. Зокрема, саме в залежності від таких міжнародних договорів визначається чинність кримінального законодавства в просторі і по колу осіб за територіальним, національним, універсальним та реальним принципами (ст.ст. 6-8 КК України), правові наслідки

засудження особи за межами України (ст.9), питання про кримінальну відповідальність осіб, які підлягають кримінальній відповідальності за законодавством іноземної держави і перебувають на території України, та виконання вироків, винесених іноземними судами чи міжнародними судовими установами (ст.10). Найбільш вагомими є Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р., Європейська конвенція про незастосування строку давності до злочинів проти людства та воєнних злочинів від 25 січня 1974 р., Європейська конвенція про видачу правопорушників від 13 грудня 1957 р., Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності від 15 листопада 2000 р., Конвенція ООН про захист усіх осіб від насильницьких зникнень від 20 грудня 2006 р., Конвенція ООН про боротьбу з фінансуванням тероризму від 12 вересня 2002 р., Конвенція РЄ про кіберзлочинність від 7 вересня 2005 р. та ін.

Згідно з міжнародними договорами у кримінальному законодавстві встановлюється відповідальність за: 1) міжнародні злочини і 2) злочини міжнародного характеру (конвенційні). Конвенції охоплюють ті види злочинів, які викликають особливе занепокоєння міжнародного співтовариства. Основні склади міжнародних злочинів, крім закріплення в конвенціях, визначені статутами міжнародних воєнних трибуналів. До таких злочинів віднесені, перш за все, злочини проти миру, військові злочини та злочини проти людяності<sup>617</sup>. Наприклад, згідно з Гаазькою і Монреальською конвенціями про боротьбу з незаконним захопленням повітряних суден у КК (ст. 278) встановлено відповідальність за угон, у т.ч. повітряного судна. З урахуванням положень Міжнародної конвенції про боротьбу з захопленням заручників КК передбачив відповідальність за захоплення заручників (ст. 147). Фактично всі злочини з розділу XX Особливої частини КК (злочини проти миру, безпеки людства і міжнародного

<sup>616</sup> Напр.: Кримінальне право: Загальна частина: Підручн. / За ред. А.С. Бєніцького, В.С. Гуславського, О.О. Дудорова, Б.Г. Розовського. – К.: Істина, 2011. – С. 95.

<sup>617</sup> Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Кримінальне право: Навчальний посібник / За заг. ред. М.І. Хавронюка. – К., 2014. – с.38-39.

правопорядку) кореспондують положенням відповідних міжнародних договорів<sup>618</sup>.

Договір може відігравати значну роль при встановленні однієї з форм основної ознаки об'єктивної сторони складу злочину (діяння). Мова йде про бездіяльність. Зазвичай, під бездіяльністю в кримінально-правовій науці розуміють невиконання суб'єктом злочину того обов'язку, який особа повинна була і могла виконати. А от сам обов'язок діяти певним чином випливає з різноманітних правових підстав. Як зазначає Фріс П.Л. «...Цей обов'язок може визначатись:

- законом;
- службовим становищем особи;
- виконанням відповідних функцій;
- виконанням договору; (виділено нами – І.К., Ю.М.)
- здійсненням відповідної поведінки;
- родинними відносинами»<sup>619</sup>.

Наприклад, при кваліфікації бездіяльності винного за ст. 135 КК – залишення в небезпеці – важливо встановити обов'язок піклуватися про потерпілого. Такий обов'язок може випливати: 1) із закону або інших нормативних актів; 2) із шлюбно-сімейних відносин; 3) із характеру професії (пожежники, працівники міліції, рятувальники на воді тощо); 4) із договору (керівник туристичної групи, тренер); 5) коли особа своїми діями поставила іншу особу в небезпечний для життя стан<sup>620</sup>.

Наявністю певного договору обумовлюються й ознаки спеціального суб'єкта в окремих складах злочину. Приміром, згідно примітки 1 до ст.96-3, під уповноваженими особами юридичної особи слід розуміти службових осіб юридичної

<sup>618</sup> Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Кримінальне право: Навчальний посібник / За заг. ред. М.І. Хавронюка. – К., 2014. – С.39.

<sup>619</sup> Фріс П.Л. Кримінальне право. Загальна частина. – К.: Атіка, 201. – с.145.

<sup>620</sup> Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація. – 5-те вид., допов. – Х. : Право, 2013. - Т. 2 : Особлива частина / Ю. В. Ба у лін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін. – 2013. – с.87.

особи, а також інших осіб, які відповідно до закону, установчих документів юридичної особи чи договору мають право діяти від імені юридичної особи. Тобто, для того, щоб до юридичної особи могли бути застосовані заходи кримінально-правового характеру, уповноважена, (наприклад, договором) особа від імені та в інтересах юридичної особи повинна вчинити злочин чи злочини, передбачені у ст.96-3 КК України.

В окремих випадках договірні відносини визначають правовий статус потерпілого від злочину. Наприклад, потерпілим у ст.171 КК України - перешкоджання законній професійній діяльності журналістів - є журналісти, тобто особи, які знаходяться в трудових або інших договірних відносинах із засобами масової інформації та які здійснюють збір, редагування і поширення матеріалів для певного засобу масової інформації<sup>621</sup>.

Важливе значення мають договори у кримінально-правовій охороні права власності (розділ VI Особливої частини КК України). Як зазначають О.О.Дудоров і М.І.Хавронюк, взагалі «постає питання про уточнення назви розділу VI Особливої частини КК. Адже, крім власне права власності, ЦК виокремлює такі відмінні від нього види речових прав на чуже майно: 1) право володіння; 2) право користування (сервітут); 3) право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис); 4) право забудови земельної ділянки (суперфіцій). До того ж право користування чужим майном може виникати на підставі договорів, які породжують зобов'язальні правовідносини. Наприклад, не речовими, а зобов'язальними є врегульовані законодавчими актами відносини оренди і концесії земельних ділянок»<sup>622</sup>. З такою позицією важко не погодитися.

<sup>621</sup> Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація. – 5-те вид., допов. – Х. : Право, 2013. - Т. 2 : Особлива частина / Ю. В. Ба у лін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін. – 2013. – с.174.

<sup>622</sup> Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Кримінальне право: Навчальний посібник / За заг. ред. М.І. Хавронюка. – К., 2014. – с.553.

Договірне регулювання відносин, як правило, має кваліфікуюче значення при встановленні ознак шахрайства - заволодіння чужим майном або придбання права на майно шляхом обману чи зловживання довірою (ст.190 КК України). Наприклад, отримання завдатку без наміру виконувати передбачені договором зобов'язання, отримання коштів на надання послуг без наміру або без можливості надання таких послуг і т.д.

При привласненні, розтраті майна або заволодінні ним шляхом зловживання службовим становищем (ст.191 КК України) суб'єкт злочину здійснює повноваження щодо майна на законній підставі: наділений правомочністю по розпорядженню, управлінню, доставці, зберіганню майна тощо. А підставою для такого відношення винного до майна є цивільно-правові відносини, договірні відносини, спеціальне доручення, службові повноваження тощо.

Відповідальність за ст. 192 КК України - заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою - настає, наприклад, за незаконне використання чужого майна (у т.ч. ввіреного), незаконне володіння чужим майном (зокрема, ввіреним), незаконне розпорядження чужим майном<sup>623</sup>. Очевидним у цьому випадку є, як правило, договірне регулювання вказаних відносин.

Окремі умови трудового договору мають значення при звільненні від покарання за ч.4 ст.74 КК України - у зв'язку з втратою особою суспільної небезпечності. Таке звільнення можливе при наявності двох обов'язкових підстав: 1) бездоганності поведінки; 2) сумлінності ставлення до праці. Сумлінне ставлення до праці характеризується, зокрема, відповідальним ставленням винної особи до роботи, наявністю заохочень, передбачених трудовим законодавством, прагненням до підвищення освітнього рівня і кваліфікації тощо. Сумлінне ставлення до праці може включати у себе також дотримання

<sup>623</sup> Саме такі форми об'єктивної сторони даного складу злочину наводяться у роботах Н.О. Антонюк, М.І.Мельника, М.І. Панова та ін.

трудової дисципліни і правил охорони праці, що визначається умовами трудового договору.

Крім того, трудовий договір має також значення при кваліфікації дій особи за ст.172 КК України - грубе порушення законодавства про працю. Грубий характер порушення законодавства про працю свідчить про серйозність та високий ступінь суспільної небезпечності цього діяння і виступає основною розмежувальною ознакою злочину, передбаченого ст. 172 КК, й адміністративного делікту, передбаченого ч. 1 ст. 41 КУпАП («Порушення вимог законодавства про працю...»). Наприклад, використання найманої праці без укладення з працівником трудового договору у письмовій формі, а також невиконання фізичною особою - підприємцем вимог ст. 24<sup>1</sup> КЗпПУ, хоча і є порушенням вимог законодавства про працю, однак не впливає на можливість реалізації працівником його конституційного права на працю і не завдає істотної шкоди трудовим відносинам, а тому «грубим порушенням» вважатися не може. Указані дії за наявністю до того інших підстав слід розглядати як адміністративний делікт, передбачений в ч. 1 ст. 41 КУпАП<sup>624</sup>. Відповідальність за ст.172 КК України настає за незаконне звільнення працівника з роботи - розірвання трудового договору з працівником з порушенням процедури або без визначених законом підстав. Умови трудового договору важливі також при кваліфікації діянь особи, передбачених ст.175 КК України - не виплата заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат; ст. 271 КК України - порушення вимог законодавства про охорону праці (як і інші статті розділу X Особливої частини КК України - злочини проти безпеки виробництва).

Договором може визначатися право особи діяти певним чином у конкретній обстановці. Для прикладу, у ст.146 КК України передбачено кримінальну відповідальність за незаконне

<sup>624</sup> Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація. - 5-те вид., допов. - Х. : Право, 2013. - Т. 2 : Особлива частина / Ю. В. Ба у лін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін. - 2013. - с.176.

позбавлення волі або викрадення людини. З числа суб'єктів цього злочину виключаються особи, які мають передбачене законом чи договором право утримувати особу в якомусь місці, або поміщати її в місце, де вона по своїй волі не бажає перебувати і не може його покинути (батьки, усиновлювачі, опікуни і піклувальники стосовно осіб, які перебувають у них під опікою і піклуванням, педагогічні та науково-педагогічні працівники стосовно піднаглядних дітей, працівники поліції тощо). Таке право також може виникати за умовами договору перевезення, морського круїзу, договором про надання послуг із забезпечення особистої безпеки особи тощо<sup>625</sup>.

Новелою Сімейного кодексу України свого часу став такий правочин, як договір між батьками про сплату аліментів на дитину. Кримінальне право передбачає охорону цього договору засобами ст. 164 КК України - ухилення від сплати аліментів на утримання дітей, відповідальність за якою настає в тому числі і за злісне ухилення батьків від утримання неповнолітніх або непрацездатних дітей. Тут важливою є саме ця форма об'єктивної сторони складу злочину, бо, зрозуміло, невиконання такого договору не може вважатись ухиленням від сплати встановлених рішенням суду коштів на утримання дітей.

Різного типу договори повинні враховуватись і при кваліфікації діянь винного за ст.167 - зловживання опікунськими правами - в диспозиції якої є на це пряма вказівка: «Використання опіки чи піклування з корисливою метою на шкоду підопічному (зайняття житлової площі, використання майна тощо)» Також за цією статтею кваліфікується порушення майнових прав потерпілого внаслідок укладання не вигідних для нього договорів.

Існують у КК України статті, у яких договірне регулювання відносин або його відсутність має виняткове значення для кваліфікації дій винного.

В першу чергу, не можна залишити поза увагою розділ VII Особливої частини КК України «Злочини у сфері господарської

діяльності», в абсолютній більшості статей якого тим чи іншим чином застосовується договірне регулювання відносин в сфері господарської діяльності. Однак, дана проблематика достатньо висвітлена в спеціалізованій науковій літературі, тому не має потреби в межах даного дослідження детально аналізувати усю різноманітність договірних відносин в межах даного розділу Особливої частини КК України<sup>626</sup>.

Об'єктивну сторону складу злочину, передбаченого ст. 176 КК України - порушення авторського права і суміжних прав - взагалі важко уявити без відповідного регулювання нормами права інтелектуальної власності, в т.ч. договірними (наприклад, ліцензійним договором). Діяння в цьому злочині може виразитись у 1) незаконному відтворенні або 2) розповсюдженні творів науки, літератури, мистецтва (наприклад, виставка картин без відома автора), комп'ютерних програм і баз даних, незаконному відтворенні, розповсюдженні виконань фонограм, відеограм і програм мовлення; 3) незаконному їх тиражуванні та розповсюдженні на аудіо- та відеокасетах, дискетах, інших носіях інформації, а також 4) іншому умисному порушенні авторського або суміжних прав (наприклад, виконання, оприлюднення, опублікування, показ, сповіщення, створення похідного товару та ін.)<sup>627</sup>.

Ст.173 КК України - грубе порушення угоди про працю - передбачає наявність такої угоди, під якою розуміється укладений трудовий договір чи контракт між працівником і власником підприємства, установи, організації, або уповноваженим ним органом, за яким працівник зобов'язується виконувати роботу, визначену цим договором, а власник або уповноважений ним орган зобов'язується виплачувати працівнику заробітну плату і забезпечувати умови праці,

<sup>626</sup> Напр., Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика. - К.: Юридична практика, 2003. - 924 с. та ін.

<sup>627</sup> Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація. - 5-те вид., допов. - Х. : Право, 2013. - Т. 2 : Особлива частина / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін. - 2013. - с.184.

<sup>625</sup> Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Кримінальне право: Навчальний посібник / За заг. ред. М.І. Хавронюка. - К., 2014. - с.456.

необхідні для виконання роботи. Відповідальність за цією статтею може наставати за, наприклад, примус до виконання роботи, яка не передбачена відповідним договором. Також слід враховувати, що за ч.2 даної статті настає відповідальність при порушенні угоди, укладеної громадянином щодо його роботи за межами України.

Ч.2 ст.183 КК України передбачає відповідальність за незаконну вимогу оплати за навчання у державних чи комунальних навчальних закладах. Незаконною визнається вимога оплати за навчання, яка має місце в таких випадках: а) коли вона не передбачена у даному навчальному закладі взагалі або для даної категорії осіб; б) вимагається у розмірах, інших, ніж офіційно встановлені; в) вимагається в іншій, ніж передбачено в договорі (контракті) формі.

Предметом злочину, передбаченого ст.197 КК України – порушення обов'язків щодо охорони майна – є чуже майно, що передане власником іншій особі, наприклад, сторожу, водію, кур'єру на збереження або під охорону, яка на договірних засадах несе перед власником обов'язок забезпечити збереження цього майна.

У ст. 197-1 КК України - самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво - це фактичне заволодіння (чи заволодіння і користування) земельною ділянкою або її частиною, вчинене особою: 1) якій ця ділянка у встановленому порядку не надавалась у володіння і користування (постійне, оренда, земельний сервітут, емфітевзис, суперфіцій) або не передавалась у власність; 2) за відсутності вчиненого правочину щодо такої земельної ділянки або прав на неї; 3) за відсутності інших законних підстав, які дозволяють вважати користування земельною ділянкою правомірною дією.

Звичайно, найбільш знаковою в контексті даного дослідження є ст.355 КК України – примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань. Цивільно-правове зобов'язання – це 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 (ст. 509 Цивільного кодексу України).

Статтею 355 КК передбачена відповідальність за примушування до виконання чи невиконання лише цивільно-правових, а не будь-яких зобов'язань, обов'язок виконання яких покладається на особу нормами інших галузей права (кримінального, адміністративного, сімейного, трудового та ін.). Також слід враховувати, що відповідальність за ст. 355 КК може наставати лише тоді, коли особу примушують до виконання (невиконання) існуючого зобов'язання, що виникло на підставах, передбачених чинним законодавством<sup>628</sup>.

Розширення приватноправових, договірних начал у кримінальному процесуальному праві – об'єктивна вимога. У результаті демократизації і гуманізації кримінального процесуального права західних країн, набули розвитку такі їхні прояви як примирення, відшкодування завданої злочином шкоди, вирішення кримінально-правових конфліктів тощо.

Концептуальна зміна підходу до реакції держави на злочин полягає у зміщенні акцентів з покарання на відновлення порушених прав, уникаючи каральної міри усюди, де це тільки є можливим, максимальне врахування прав і законних інтересів учасників кримінально-правового конфлікту.

Законодавчій регламентації договірних відносин у кримінальному процесі України передували дисертаційні роботи, зокрема П.В. Пушкар «Угода про визнання вини у сучасному кримінальному процесі: порівняльно-правове дослідження»<sup>629</sup> (2005 р.), О.Є. Соловйової «Примирення сторін

<sup>628</sup> абз. 3 п. 15 ППВСУ «Про судову практику у справах про злочин проти власності» від 6 листопада 2009 р. № 10. – [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/lav/show/v0010700-09>

<sup>629</sup> Пушкар П.В. Угода про визнання вини у сучасному кримінальному процесі: порівняльно-правове дослідження [Текст] : автореф. дис. ... на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09./ П.В. Пушкар, Академія адвокатури України. – К., 2005. – 23 с.

у кримінальному процесі України»<sup>630</sup>, А.М. Яценко «Примирення з потерпілим у механізмі кримінально-правового регулювання»<sup>631</sup> (2006 р.), Ю.І. Микитина «Відновне правосуддя у кримінальному процесі: міжнародний досвід та перспективи розвитку в Україні»<sup>632</sup> (2010 р.), Н.В. Нестор «Запровадження медіації в кримінальному процесі України»<sup>633</sup> (2013р.) та інших. До новітніх досліджень, що стосуються аналізу провадження на підставі угод у кримінальному провадженні України на підставі нового КПК України належать праці Р.В. Новака «Кримінальне провадження на підставі угод в Україні»<sup>634</sup> та Леляк О.О. «Угода про визнання винуватості у кримінальному процесі України»<sup>635</sup> (2015 р.).

<sup>630</sup> Соловйова О.Є. Примирення сторін у кримінальному процесі України [Текст] : автореф. дис. ... на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / О.Є. Соловйова ; Харк. нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2006. – 20 с.

<sup>631</sup> Яценко, А. М. Примирення з потерпілим у механізмі кримінально-правового регулювання [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / А. М. Яценко ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2006. – 20 с

<sup>632</sup> Микитин Ю.І. Відновне правосуддя у кримінальному процесі: міжнародний досвід та перспективи розвитку в Україні [Текст] : автореф. дис. ... на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09/Ю.І.Микитин; Нац. академія прокуратури України. – К., 2010. – 19 с.

<sup>633</sup> Нестор Н.В. Запровадження медіації в кримінальному процесі України [Текст] : автореф. дис. ... на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09/ Н.В. Нестор; Нац. академія прокуратури України. – К., 2013. – 19 с.

<sup>634</sup> Новак Р. В. Кримінальне провадження на підставі угод в Україні: автореф. дис. ... на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09/ Р.В. Новак; Харківський нац. ун-т МВС України. – Харків, 2015. – 20 с.

<sup>635</sup> Леляк О.О. Угода про визнання винуватості у кримінальному процесі України [Текст] : автореф. дис. ... на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09/ О.О. Леляк; Нац. академія прокуратури України. – К., 2013. – 23 с.

Основою договірних відносин у кримінальному провадженні є глава 35 КПК України<sup>636</sup>. Роз'яснення щодо її застосування закріплені у Листі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання здійснення кримінального провадження на підставі угод» від 15 листопада 2012 р. № 223-1679/0/4-12<sup>637</sup> та Постанові Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод» від 11 грудня 2015 р. №13.<sup>638</sup>

У контексті договірних відносин Кримінальний процесуальний кодекс України використовує термін «угоди». Поряд з ним науковці і практики послуговуються терміном «договір», особливо, коли мова йде про фіксацію примирення у різних його проявах.

Угоди в кримінальному провадженні – інститут кримінального процесу, спрямований на скорочення та спрощення процедури розгляду кримінальних проваджень, зменшення строків перебування осіб під вартою, заощадження ресурсів та часу, що витрачаються на розгляд кримінального провадження, а також позасудове вирішення конфліктних

<sup>636</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України: станом на 24.12.2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/print1453382949680351>

<sup>637</sup> Про деякі питання здійснення кримінального провадження на підставі угод від 15.11.2012 р. № 223-1679/0/4-12 станом на 05.04.2013 р.: Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v1679740-12>

<sup>638</sup> Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод від 11.12. 2015 р. №13: Постанові Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0013740-15/print1453372240125500>



ситуацій, зменшення навантаження на органи досудового розслідування та суд (суддю).<sup>639</sup>

У кримінальному провадженні можуть бути укладені два види угод:

1) угода про примирення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим;

2) угода між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим про визнання винуватості.

Можливість укладення угод (договорів) про примирення у випадку вчинення злочину не є новим для законодавства, що діяло на українських землях. Вона сягає правових традицій Київської Русі. Особливої уваги заслуговує збірник «Права, за якими судиться малоросійський народ» (1743 р.).<sup>640</sup> Як зазначають В.Таций, А.Рогожин, В.Гончаренко, збірник не проводив відмінності між цивільним і кримінальним процесом. Форма процесу була обвинувально-змагальною, вирішальну роль у ній відігравала ініціатива сторін.<sup>641</sup> Так, пункт 12 артикула 12 передбачав можливість припинення провадження у справі у разі примирення сторін і звернення до суду з відповідною «мировою чолобитною». Артикул 25 цього документу визначав два способи досягнення примирення: 1) за сприяння посередника, який обирався сторонами. Його називали «мирителем»; 2) безпосереднє досягнення згоди конфліктуючими сторонами.

Інститут примирення у «Правах, за якими судиться малоросійський народ» включав наявність такого невід'ємного принципу відновних процедур як добровільність. У випадку порушення цієї вимоги примирення сторін не визнавалося, а відповідна мирова угода не бралась до уваги. Також важливою

<sup>639</sup> Кримінальний кодекс [текст] : підручник./За аг.ред. В.В. Коваленка, Л.Д. Удалової, Д.В. Письменного. – К.: «Центр учбової літератури», 2013. – С. 455.

<sup>640</sup> Права, за якими судиться малоросійський народ. 1743 р.: [під ред. Ю.С. Шемшученко, К.А. Вислобокова]. – К., 1997. – 548 с.

<sup>641</sup> Історія держави і права України. Т.1. [підручник у 2-х т. за ред. В.Я. Тация, А.Й. Рогожина, В.Д. Гончаренка та ін.]. – К.: Видавничий дім «ІнЮре», 2003. – С. 353.

умовою дійсності примирення сторін за участю мирителя була наявність підписів сторін або уповноважених на це осіб у тексті мирової угоди.

Як зазначає М.В. Костицький, традиції відновного правосуддя мають в Україні більш ніж тисячолітню історію і мали місце з X століття до першої третини XX століття. Зникла ця система з приходом радянської влади та запровадження радянського права.<sup>642</sup> Саме відновний підхід базується на використанні договірних засад у кримінальному процесі і частково знайшов своє відображення у новому КПК України.

Згідно статті 469 КПК України ініціювати укладення угоди про примирення можуть: 1) потерпілий; 2) підозрюваний; 3) обвинувачений.

Новий КПК України також врегульовує процесуальні аспекти провадження у випадку, якщо учасниками кримінально-правового конфлікту виступають одразу декілька осіб. Так, у разі якщо кримінальне провадження здійснюється щодо кількох осіб, які підозрюються чи обвинувачуються у вчиненні одного або кількох кримінальних правопорушень, і згода щодо укладення угоди досягнута не з усіма підозрюваними чи обвинуваченими, то угода може бути укладена з одним (кількома) з підозрюваних чи обвинувачених. Кримінальне провадження щодо особи (осіб), з якими досягнуто згоди, підлягає виділенню в окреме провадження. У тому випадку якщо в кримінальному провадженні беруть участь кілька потерпілих від одного кримінального правопорушення, угода може бути укладена та затверджена лише з усіма потерпілими. У разі якщо в кримінальному провадженні беруть участь кілька потерпілих від різних кримінальних правопорушень, і згода щодо укладення угоди досягнута не з усіма потерпілими, то угода може бути укладена з одним (кількома) з потерпілих. Необхідно відзначити, кримінальне провадження щодо

<sup>642</sup> Костицький М.В. Відновне правосуддя у контексті правової політики України: Матеріали Міжнар. конф. ["Формування української моделі відновного правосуддя"], (м. Київ, 10-11 лютого 2005 р.). – Київ, 2005. – С. 23.



(осіб), яка досягла згоди, підлягає виділенню в окреме провадження.

Важливо, що частина 3 статті 469 КПК України містить перелік категорій кримінально-правових конфліктів, які можуть бути розв'язані шляхом укладення угоди про примирення. До них належать: 1) кримінальні проступки; 2) злочини невеликої тяжкості; 3) злочини середньої тяжкості; 4) кримінальні правопорушення, провадженням за якими здійснюється формі приватного обвинувачення.<sup>643</sup>

Детальнішого розгляду потребує зміст угоди про примирення у зв'язку з його специфічністю саме у кримінальному провадженні. Як і будь-який договір, договір про примирення повинен містити загальнообов'язкові елементи. Але такий договір є особливим, оскільки він пов'язаний з регулюванням відносин, які виникли внаслідок вчинення злочину та існують у межах кримінального процесу.

Зміст договору становлять його умови. Можна виділити дві групи умов договору: 1) загальні; 2) особливі.

До загальної групи умов договору належать ті, які властиві всім або більшості цивільно-правових договорів. Сюди можна віднести, наприклад, умови про строк та порядок виконання договору.

До особливих умов договору належать такі, що безпосередньо пов'язані з вчиненням злочином та нормами кримінального та кримінально процесуального законодавства. До таких умов, наприклад, належить фіксація факту примирення між потерпілим та підозрюваним (обвинуваченим), його вибачення перед потерпілим, домовленість про компенсацію шкоди тощо.

Особливість договору про примирення у кримінальному провадженні полягає в тому, що його укладення залежить не тільки від вирішення питань щодо порядку та умов відновлення майнової сфери потерпілого, але й від задоволення його

моральних потреб (набуття відчуття безпеки, розкаяння обвинуваченого (підсудного), вирішення міжособистісного конфлікту та інше).<sup>644</sup> Хоча, як зазначає Л. Головка, поняття «мирової угоди» в рамках інституту примирення в кримінальному процесі відображає «компроміс в майнової сфері».<sup>645</sup>

Для реального та ефективного виконання договору про примирення слід чітко визначити його істотні умови. Наприклад, Р. Максудов і М. Флямер пропонують у «примирювальному договорі», що стосується неповнолітнього обвинуваченого (підсудного) передбачити п'ять розділів:

- 1) про відшкодування матеріальної шкоди;
- 2) про особливі вимоги до поведінки правопорушника;
- 3) про проходження правопорушником лікування (якщо потрібно);
- 4) про порядок виконання даного договору;
- 5) про обов'язки потерпілого (наприклад, виступ з ініціативою закриття кримінально-процесуального провадження у зв'язку з примиренням).<sup>646</sup>

Як зазначає Л.Н. Карнозова, у договорі про примирення слід зафіксувати моральні результати зустрічі; умови досягнення примирення (дії, спрямовані на відшкодування шкоди, яка

<sup>643</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України: станом на 24.12.2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/print1453382949680351>

<sup>644</sup> Микитин Ю.І. Договір про примирення у кримінальному процесі/Ю.І. Микитин/Відновне правосуддя в Україні. Щоквартальний бюлетень. – 2007. – №2. – С. 10-12

<sup>645</sup> Головка Л.В. Альтернативи уголовному преследованию в современном праве/ Л.В. Головка – СПб.: Издательство "Юридический центр Пресс", 2002. – С. 484.

<sup>646</sup> Максудов Р.Р. Программы примирения по делам несовершеннолетних – на пути к практической реализации идей восстановительного правосудия в России/ Р.Р. Максудов, М.Г. Флямер //Правосудие по делам несовершеннолетних. Перспективы развития. – М., 1999. – С.111.

завдана злочином); необхідність проходження правопорушником соціально-реабілітаційної програми.<sup>647</sup>

У статті 471 КПК України висвітлено зміст угоди про примирення. Так, в угоді про примирення зазначаються її сторони, формулювання підозри чи обвинувачення та його правова кваліфікація із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність, істотні для відповідного кримінального провадження обставини, розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, строк її відшкодування чи перелік дій, не пов'язаних з відшкодуванням шкоди, які підозрюваний чи обвинувачений зобов'язані вчинити на користь потерпілого, строк їх вчинення, узгоджене покарання та згода сторін на його призначення або на призначення покарання та звільнення від його відбування з випробуванням, наслідки укладення та затвердження угоди. Також в угоді зазначається дата її укладення та вона скріплюється підписами сторін.

На думку Р.В. Новака зміст угоди про примирення може включати основні та додаткові елементи. Основні елементи повинні обов'язково вказуватися в тексті угоди про примирення відповідно до статті 471 КПК України, а їх не включення чи неповне відображення свідчить про недотримання вимог чинного законодавства, і, як наслідок, така угода не може бути затверджена судом. Додаткові елементи угоди про примирення можуть бути включені до змісту угоди про примирення тільки за бажанням потерпілого та підозрюваного чи обвинуваченого, наприклад, обставини, які пом'якшують або обтяжують покарання під час призначення узгодженого покарання між сторонами угоди, доцільність проходження правопорушником соціально-реабілітаційної програми тощо.<sup>648</sup>

<sup>647</sup> Восстановительное правосудие в России: технология взаимодействия общества и государства. – М.: МОО Центр «Судебно-правовая реформа», 2001. – С. 52.

<sup>648</sup> Новак Р. В. Кримінальне провадження на підставі угод в Україні: автореф. дис. На здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09. «Кримінальний процес та криміналістика; судова

З метою створення умов для врахування усіх необхідних вимог законодавства щодо підготовки угоди (договору) про примирення вбачається за доцільне розробити відповідну типову угоду (договір) про примирення у кримінальному провадженні.

Важливою проблемою є визначення юридичного впливу укладення та виконання договору про примирення на подальший хід кримінального провадження.

Суттєво, можна вважати революційно новий КПК України розширює правові наслідки укладення угоди про примирення, а саме стаття частина 1 статті 475 передбачає, якщо суд переконується, що угода може бути затверджена, він ухвалює вирок, яким затверджує угоду і призначає узгоджену сторонами міру покарання.

Інші види договорів про примирення можуть бути:

- 1) підставою для звільнення від кримінальної відповідальності;
- 2) обставиною, що пом'якшує покарання;
- 3) врахований при звільненні від відбування покарання з випробуванням, а також при умовно-достроковому звільненні.

Важливо, що перед прийняттям рішення про затвердження угоди про примирення суд під час судового засідання повинен з'ясувати в обвинуваченого, чи цілком він розуміє: 1) що він має право на справедливий судовий розгляд, під час якого сторона обвинувачення зобов'язана довести кожен обставину щодо кримінального правопорушення, у вчиненні якого його обвинувачують; 2) наслідки укладення та затвердження угод; 3) характер кожного обвинувачення; 4) вид покарання, а також інші заходи, які будуть застосовані до нього у разі затвердження угоди судом. Крім того, перед прийняттям рішення про затвердження угоди про примирення суд під час судового

засідання повинен з'ясувати у потерпілого, чи цілком він розуміє наслідки затвердження угоди.<sup>649</sup>

Згідно статті 473 КПК України наслідком укладення та затвердження угоди про примирення для потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого є обмеження права оскарження вироку, а також для потерпілого позбавлення права вимагати в подальшому притягнення особи до кримінальної відповідальності за відповідне кримінальне правопорушення і змінювати розмір вимог про відшкодування шкоди; для підозрюваного, обвинуваченого – відмова від права на судовий розгляд з відповідними правомочностями.

Згідно частини 6 статті 474 КПК України суд зобов'язаний переконатися у судовому засіданні, що укладення угоди про примирення сторонами є добровільним, тобто не є наслідком застосування насильства, примусу, погроз або наслідком обіцянок чи дії будь яких інших обставин, ніж ті, що передбачені в угоді.

Суд може відмовити в затвердженні угоди, якщо: 1) умови угоди суперечать КПК України або іншого закону, в тому числі допущена неправильна правова кваліфікація кримінального правопорушення, яке є більш тяжким ніж те, щодо якого передбачена можливість укладення угоди; 2) умови угоди не відповідають інтересам суспільства; 3) умови угоди порушують права, свободи чи інтереси сторін або інших осіб; 4) існують обґрунтовані підстави вважати, що укладення угоди не було добровільним, або сторони не примирилися; 5) очевидна неможливість виконання обвинуваченим взятих на себе за угодою зобов'язань; 6) відсутні фактичні підстави для визнання винуватості.

У такому випадку, якщо судом буде відмовлено в укладенні угоди про примирення, то досудове розслідування або судове провадження продовжуються у загальному порядку.<sup>650</sup>

<sup>649</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України: станом на 24.12.2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/print1453382949680351>

Однак, зважаючи на наукові дослідження та існуючу практику, перелік угод (договорів) про примирення у межах кримінального процесу може бути і модифіковано, розширено. У першу чергу, завдяючи на відновний підхід, який в Україні може бути реалізовано, насамперед, через медіацію як спосіб розв'язання кримінально-правового конфлікту. Поняття, зміст медіаційного договору про примирення, особливості його укладення та виконання мають бути відображені у Законі України «Про медіацію», який ще досі не прийнято. Характерно, що за період 2006-2015 рр. на офіційному рівні було розроблено одинадцять законопроектів у цій сфері. На даний час у Верховній Раді України зареєстровано два законопроекти про медіацію: №3665 від 17.12.2015 р.<sup>651</sup> і №3665-1 від 29.12.2015 р.<sup>652</sup> Стаття 13 першого законопроекту передбачає, що якщо медіація проводилася у межах кримінального провадження, її результати оформляються угодою про примирення або іншим документом відповідно до вимог чинного законодавства. Якщо при цьому сторони досягли згоди з питань, що не можуть бути предметом угоди про примирення, сторони можуть укласти щодо цих питань окремі договори.

Прийняття закону «Про медіацію» надало б можливість процесуального врегулювання договірної потенціалу, в першу чергу, інституту примирення у кримінальному праві.

Угоди про визнання винуватості – ще одна новела КПК України, яка на відміну від угод про примирення, у класичному розумінні не має значного історичного підґрунтя в історії національного законодавства. Такий вид угод у кримінальному процесі характерний, в першу чергу, для США, але набуває

<sup>650</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України: станом на 24.12.2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/print1453382949680351>

<sup>651</sup> Проект Закону «Про медіацію» №3665 від 17.12.2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=57463](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463)

<sup>652</sup> Проект Закону «Про медіацію» №3665-1 від 29.12.2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=57620](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57620)

широкого застосування у країнах романо-германської правової сім'ї.

Угоду про визнання винуватості визначають як компроміс у формі юридичної домовленості між прокурором та підозрюваним та/або обвинуваченим, що передбачає особливий порядок провадження та потребує затвердження судом.<sup>653</sup>

Згідно статті 469 КПК України угода про визнання винуватості може бути укладена за ініціативою прокурора або підозрюваного чи обвинуваченого.

Угода про визнання винуватості між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим може бути укладена у провадженні щодо:

1) кримінальних проступків, злочинів невеликої чи середньої тяжкості, тяжких злочинів;

2) особливо тяжких злочинів, віднесених до підслідності Національного антикорупційного бюро України за умови викриття підозрюваним чи обвинуваченим іншої особи у вчиненні злочину, віднесеного до підслідності Національного антикорупційного бюро України, якщо інформація щодо вчинення такою особою злочину буде підтверджена доказами.<sup>654</sup>

Критерієм можливості укладення угоди про визнання винуватості є заподіяння шкоди лише державним або суспільним інтересам, відповідно це передбачає відсутність потерпілого у кримінальному провадженні.

Характерно, що угода про визнання винуватості може бути укладена щодо кримінальних проступків, злочинів, внаслідок яких шкода завдана лише державним чи суспільним інтересам.

Укладення угоди про визнання винуватості як і угоди про примирення може ініціюватися в будь який момент після

<sup>653</sup> Леляк О.О. Угода про визнання винуватості у кримінальному процесі України [Текст] : автореф. дис. ... на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09/ О.О. Леляк; Нац. академія прокуратури України. - К., 2013. - С. 14.

<sup>654</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України: станом на 24.12.2015 р. [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/print1453382949680351>

повідомлення особі про підозру до виходу суду до нарадчої кімнати для ухвалення вироку.

Зміст договору про визнання винуватості визначений у статті 472 КПК України, а саме в такій угоді зазначаються: 1) її сторони 2) формулювання підозри чи обвинувачення та його правова кваліфікація з зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність; 3) істотні для відповідного кримінального провадження обставини; 4) беззастережне визнання підозрюваним чи обвинуваченим своєї винуватості у вчиненні кримінального правопорушення; 5) обов'язки підозрюваного чи обвинуваченого щодо співпраці у викритті кримінального правопорушення, вчиненого іншою особою (якщо відповідні домовленості мали місце); 6) умови часткового звільнення підозрюваного, обвинуваченого від цивільної відповідальності у вигляді відшкодування державі збитків внаслідок вчинення ним кримінального правопорушення; 7) узгоджене покарання та згода підозрюваного, обвинуваченого на його призначення або на призначення покарання та звільнення від його відбування з випробуванням, наслідки укладення та затвердження угоди та наслідки невиконання угоди: 8) дата її укладення та підписи підписами сторін.

Наслідком укладення та затвердження угоди про визнання винуватості для прокурора, підозрюваного чи обвинуваченого є обмеження їх права оскарження вироку, а для підозрюваного чи обвинуваченого – також його відмова від здійснення прав, зокрема право на судовий розгляд, право на допитати під час судового розгляду свідків обвинувачення, подання клопотань про виклик свідків і надання доказів, що свідчать на його користь.<sup>655</sup>

Необхідно звернути увагу, що загальний порядок судового провадження на підставі угоди про визнання винуватості аналогічний як і у випадку з угодою про примирення. Суд

<sup>655</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України: станом на 24.12.2015 р. [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/print1453382949680351>

перевіряє добровільність і законність її укладення. У випадку не дотримання цих вимог досудове розслідування або судове провадження продовжуються у загальному порядку, а повторне звернення з угодою в одному кримінальному провадженні не допускається.

Спільними для угоди про примирення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим та угоди між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим про визнання винуватості є наслідки їх не виконання, які передбачені статтею 476 КПК України. Так, у випадку не виконання таких угод потерпілий чи прокурор відповідно мають право звернутися до суду, який затвердив таку угоду, з клопотанням про скасування вироку. Відповідне клопотання розглядається судом, який виніс вирок на підставі угоди у межах строків давності притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення відповідного кримінального правопорушення в судовому засіданні за участю сторін угоди з повідомленням інших учасників судового провадження. Відсутність інших учасників судового провадження не є перешкодою для судового розгляду.

Якщо особа, яка звернулася із таким клопотанням, доведе, що засуджений не виконав умови угоди, то суд своєю ухвалою скасовує вирок, яким затверджена угода. Таке рішення тягне за собою призначення судового розгляду в загальному порядку або направлення матеріалів провадження для завершення досудового розслідування в загальному порядку, якщо угода була ініційована на стадії досудового розслідування.

Крім того умисне невиконання угоди є підставою для притягнення особи до відповідальності відповідно до статті 389-1 КК України.<sup>656</sup>

Результати застосування новітніх положень КПК України щодо угод у кримінальному процесі свідчать про їхню затребуваність. Зокрема, за даними Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, із

моменту набрання чинності кримінальним процесуальним законом суди загальної юрисдикції станом на 1 січня 2014 р. розглянули 22653 угод, із них 11512 – про примирення та 11141 – про визнання винуватості<sup>657</sup>. Такі дані свідчать, що у понад 20% кримінальних проваджень використовуються угоди (у 2013р. – майже 17%) і спостерігається тенденція до їхнього збільшення.

Угоди у кримінальному процесі України мають великий потенціал для подальшого використання з метою розв'язання кримінально-правових конфліктів.

<sup>656</sup> Кримінальний кодекс України: станом на 26.11.2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print1453372240125500>

<sup>657</sup> Узагальнення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ судової практики здійснення кримінального провадження на підставі угод від 22.01.2014р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://sc.gov.ua/ua/uzagalnennja\\_sudovoji\\_praktiki.html](http://sc.gov.ua/ua/uzagalnennja_sudovoji_praktiki.html)

## 4.6. Договір в адміністративному праві

Характеризуючи договірні відносини в адміністративному праві доцільно окреслити відносини, які є предметом адміністративного права. Оскільки наука адміністративного права сьогодні перебуває в постійному русі, сучасний предмет адміністративного права змінюється, включаючи ті групи відносин публічно-правової сфери суспільного життя, які адаптуються до міжнародних стандартів публічного управління та розвитку інформаційного суспільства. Природним, за сучасних умов, буде і використання в адміністративно-правових відносинах договірних конструкцій.

Отже, предмет адміністративного права складають суспільні відносини, які виникають з метою реалізації та захисту прав громадян, утворення нормальних умов для функціонування суспільства і держави.<sup>658</sup> Такі відносини пов'язані з діяльністю органів виконавчої влади; внутрішньоорганізаційною діяльністю інших державних органів, підприємств, установ, організацій; управлінською діяльністю органів місцевого самоврядування; здійсненням делегованих повноважень; притягненням до адміністративної відповідальності. В системі адміністративного права, враховуючи предмет регулювання, можна виділити інститут адміністративного договору. Орієнтація адміністративно-правових відносин з прорадянського принципу «особа для держави» на сучасний демократичний підхід, коли «держава для особи», обумовлює зміну в методах управлінської діяльності у бік запровадження елементів диспозитивного регулювання тих груп відносин де відбувається взаємодія суб'єктів владних повноважень (суб'єктів публічного права, публічних осіб) з суб'єктами приватного права.

<sup>658</sup> Адміністративне право: підручник / за аг. ред. Ю.П. Битяка, В.М. Гарашука, В.В. Зуй. – 2-ге вид., переробл. та допов. – Х. : Право, 2013. – С. 28

Стеценко С.Г. визначає *адміністративний договір* - як дво- або багатосторонню угоду, зміст якої складають права та обов'язки сторін що впливають із владних управлінських функцій суб'єкта владних повноважень, який є однією із сторін угоди. До ознак цього договору він відносить: 1) основою для його укладення є адміністративно – правова норма; 2) він набирає чинності тільки в тому випадку, якщо буде прийнято відповідний адміністративно – правовий акт; 3) якщо дія даної угоди буде визнана недоцільною, вона може бути припинена в адміністративному порядку шляхом видання правового акта, що скасовує попередній.

Адміністративні договори виникають з волі держави, за обов'язкової участі її органів і під впливом норм адміністративного права. Аналіз *об'єкта адміністративного договору* свідчить, що такими є методи, форми виконання державно – владного веління. Тобто, сторони домовляються не з питання встановлення або не встановлення між ними правових відносин і визначення цілей діяльності, а щодо відшукування засобів, які б дали змогу об'єднаними зусиллями вирішити завдання, поставлені перед ними державою. Адміністративний договір спрямований на встановлення, зміну чи припинення адміністративно – правових відносин.<sup>659</sup>

Відповідно до ст. 3 Кодексу адміністративного судочинства України, *адміністративний договір* - дво- або багатостороння угода, зміст якої складають права та обов'язки сторін, що впливають із владних управлінських функцій суб'єкта владних повноважень, який є однією із сторін угоди.<sup>660</sup>

На основі даного визначення та специфіки предмета адміністративного права можна виділити такі ознаки адміністративного договору:

- він застосовується в публічно-правових відносинах та з метою задоволення публічних інтересів;

<sup>659</sup> Стеценко С. Г. / Адміністративне право України Навчальний посібник-К Атіка, 2007 – с. 104

<sup>660</sup> Кодекс адміністративного судочинства України від 6.07.2005 року // ВВР. – 2005. – № 35-36, №37. – Ст.446

- однією із сторін обов'язково є суб'єкт публічного права;

- виникає з владних управлінських функцій, на підставі правозастосовного акта (в основному підзаконних актів органів виконавчої влади та місцевого самоврядування, що стосуються окремих питань управлінської діяльності у визначеній сфері (державного чи муніципального замовлення на закупівлю товарів, здійснення робіт, надання послуг за рахунок коштів відповідних бюджетів);

- має організаційний характер (щодо координації роботи різних управлінських структур), може бути підставою для прийняття актів управління.

- не підлягає зміні в односторонньому порядку та не допускає односторонню відмову від виконання;

- не може бути визнаний конфіденційним чи службовою таємницею;

Ознака застосування адміністративного договору у публічно-правових відносинах з метою задоволення публічних інтересів сформувалась історично. «Коріння» публічного, як і приватного, розкриваються через розвиток суспільних відносин. Саме сфери життєдіяльності суспільства, держави і особи зароджують процеси та явища, що потребують публічно-правового регулювання. Появляються потреби, задоволення яких відповідає соціальним інтересам. Публічне право врегульовує загальні потреби, відносини та інтереси без забезпечення яких неможливо задовольнити як особисті інтереси, так і загальні публічні інтереси суспільства і цілому. Стабільність суспільного розвитку, життєздатність суспільства, функціонування інститутів політичної, економічної, соціальної сфер є умовою та гарантією реалізації приватного права. Відповідно, можна зробити висновок, що публічне та приватне право органічно пов'язані та взаємодіють між собою. Згодом появляється третій партнер – так зване «соціальне право». Адже «соціальне» стає «публічним», оскільки світове співтовариство, суспільство та держава беруть зобов'язання гарантувати громадянам реалізацію стандартів їх особистих прав на освіту, здоров'я, сприятливе навколишнє середовище і т.п., але за

умови добровільної згоди громадян використовувати ці гарантії без втручання в особисту сферу (*переклад Петровського І.І.*).<sup>661</sup>

Наступна ознака – однією із сторін адміністративного договору обов'язково є суб'єкт публічного права. Це основна ознака, що відмежовує даний договір від інших цивільно-правових договорів. Суб'єктами публічного права, згідно ст.2 ЦК УКРАЇНИ є держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права. В адміністративному праві законодавчого визначення даної категорії немає. Відповідно, застосовується близька за змістом категорія - суб'єкт владних повноважень. Це орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа, інший суб'єкт при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень.<sup>662</sup> Фактично, аналізуючи організаційно правову форму з позиції цивільного права ми віднесемо суб'єктів владних повноважень до юридичних осіб публічного права, а коли мова йде про посадових осіб, які працюють в цих юридичних особах чи/та окремих суб'єктів, що здійснюють публічну діяльність (наприклад Президента) – публічними посадовими особами (як фізична особа із спеціальним статусом. Публічна посадова особа у ст.2 Конвенції ООН проти корупції 2003 року визначається як: будь-яка особа, яка обіймає посаду в законодавчому, виконавчому, адміністративному або судовому органі Держави-учасниці, яку призначено чи обрано, праця якої оплачувана чи не оплачувана, незалежно від рівня посади; будь-яка інша особа, яка виконує будь-яку публічну функцію, зокрема для публічного органу або публічного підприємства або надає будь-яку публічну послугу, як це визначається у внутрішньому праві Держави-учасниці і як це застосовується у відповідній галузі правового регулювання цієї Держави-

<sup>661</sup> Тихомиров Ю.А. Публичное право. Учебник. / Ю.А. Тихомиров – М.: Издательство БЕК, 1995. – С. 26-27

<sup>662</sup> Кодекс адміністративного судочинства України від 6.07.2005 року // ВВР. – 2005. – № 35-36, №37. – Ст.446

учасниці; будь-яка інша особа, що визначається як «публічна посадова особа» у внутрішньому праві Держави-учасниці.<sup>663</sup>

Термін «суб'єкт владних повноважень» в міжнародному праві матиме аналог «публічна адміністрація». Вперше поняття «публічна адміністрація» було використано в праві Європейського Союзу. Аналіз окремих нормативно-правових актів ЄС дозволяє зробити висновок, що у європейському праві існує два визначення поняття «публічна адміністрація»: у вузькому та у широкому значенні. У вузькому сенсі під «публічною адміністрацією» розуміються регіональні органи, місцеві та інші органи публічної влади, центральні уряди та публічну службу. Під органами публічної влади при цьому розуміються інституції регіонального, місцевого або іншого характеру, інші органи, діяльність яких регулюється нормами публічного права або діями держав-членів; органи, наділені достатніми суверенними повноваженнями країни, які з формальної точки зору не є частиною адміністративного апарату держави-члена, але структура та завдання якого визначені в законі. У широкому сенсі в європейському праві до «публічної адміністрації», крім органів публічної влади, відносять ті органи, які не входять до неї організаційно, але виконують делеговані нею функції. Водночас, як зазначається у Резолюції щодо публічної (державної) відповідальності, під «публічною владою» (або органами публічної влади), слід розуміти будь-яку установу публічного права (включаючи державу, регіональні та місцеві органи державної влади, незалежні публічні підприємства) та будь-яких фізичних осіб під час виконання ними повноважень офіційних органів.<sup>664</sup>

<sup>663</sup> Яцків І.І. Адміністративно-правові засади протидії корупції в Україні / Ірина Ігорівна Яцків / Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.07 – адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право. – К., 2011. – с. 134

<sup>664</sup> Кравцова Т. М. Поняття та принципи діяльності публічної адміністрації / Т. М. Кравцова, А. В. Солонар // Форум права. – 2010. – № 4. – С.522

Адміністративний договір виникає з владних управлінських функцій (вони є об'єктом адміністративного договору). Ю. О. Тихомиров зазначає, що управлінські функції виражають характер, зміст і методи діяльності суб'єктів управління. Основою виникнення функцій управління є функціональний розподіл управлінської праці або функцій управлінської діяльності. Під функцією управління розуміється спеціалізована частина управлінських дій, які можна охарактеризувати як типові, регулярні та стабільні види діяльності суб'єкта управління, що відрізняються однорідністю цілей або дій. Залежно від спрямованості й місця впливу пропонується виділяти внутрішні й зовнішні функції управління. Внутрішні функції становлять управління всередині соціальної системи. Зовнішні - характеризують безпосередньо процес впливу зовнішнього суб'єкта управління (зовнішнього середовища) на систему.

Для виконання основних та ресурсних функцій в апараті управління утворюються спеціалізовані служби, підрозділи. Набір функцій залежить від стану, структури і рівня самокерованості системи. Виділяють також загальні функції управління, які підходять під визначення функцій управлінської діяльності. Ці функції передбачають різні види управлінської діяльності, які здійснюються для забезпечення виконання основних функцій системи.

Набір управлінських функцій у різних авторів дещо відрізняється, але переважна більшість авторів схильна до таких: аналіз, прогнозування, планування, організування, регулювання, контроль. Названі функції об'єднують найбільші синтезуючі операції управління, які можна поділити на дрібніші. Крім названих, виділяють також облік, мотивацію, роботу з персоналом, координацію, аналіз проблем, прийняття рішень тощо, але ці функції не відповідають визначенню загальних функцій або є складовими вже перелічених.<sup>665</sup>

<sup>665</sup> Кунев Ю.Д. Управління в митній службі / Ю.Д. Кунев. – К. : Центр навчальної літератури, 2006. – С.150-152.



Питання щодо класифікації адміністративних договорів на сьогодні залишається дискусійним. Зокрема, за предметним критерієм можна навести такий їх перелік: договори про компетенцію (розмежування або делегування повноважень і предметів відання); договори у сфері управління державною власністю; договори, що забезпечують державні потреби (державні контракти (договори); контракти з державними службовцями, студентами; фінансові та податкові угоди; договори про взаємодію; співпрацю; концесії та інвестиційні угоди; договори про надання послуг приватним особам, наприклад комунальних тощо.<sup>666</sup>

Щодо укладення і виконання адміністративних договорів доцільно застосувати загальні вимоги договірного права, встановлені цивільним законодавством, зокрема такі як форма договору, наслідки її недодержання, визначення істотних умов договору, тощо. Проте, при розгляді даних умов слід враховувати специфіку адміністративного договору, а саме наявність публічного суб'єкта та визначення його компетенції (меж повноважень), яка не визначена цивільним законодавством.

## 4.7. Договір в міжнародному праві

При сучасному розвитку відносин між державами міжнародний договір відіграє чи не найважливішу роль в якості регулятора відповідної поведінки. На сьогодні абсолютно всі сфери співпраці між державами та міжнародними організаціями регулюються шляхом укладення міжнародних договорів. Такі організації як Організація Об'єднаних Націй, Європейський Союз, Північноатлантичний альянс здійснюють свою діяльність на підставі міжнародного договору – статуту. Виконання євроінтеграційної політики України зумовлено підписанням, ратифікацією та виконанням іншого міжнародного договору – Угоди про асоціацію з Європейським Союзом.

Даний розділ буде присвячений питанням відмежування міжнародного договору від цивільного, розкриттю основних стадій укладення міжнародного договору, характеристика його основних особливостей.

Статут Міжнародного суду ООН в статті 38 ставить міжнародний договір як основне джерело міжнародного права, надаючи йому пріоритет перед звичаєм та загальними принципами права.<sup>667</sup> На сьогодні існує безліч найменувань, якими охоплюється регулювання відносин між суб'єктами міжнародного права – конвенція, протокол, пакт, картель, конкордат, угода, що тим не менше не змінює основної суті – дані домовленості своєю метою ставлять впорядкування співпраці між державами та міжнародними організаціями, і їх порушення тягне за собою настання міжнародно – правової відповідальності.

Право міжнародних договорів має досить давню історію свого розвитку та становлення, яка здебільшого носить звичайний характер, як і більшість галузей міжнародного права. Завдяки значному внеску ООН та Комісії з міжнародного права,

<sup>666</sup> Адміністративне право: підручник / за аг. ред. Ю.П. Битяка, В.М. Гаращука, В.В. Зуй. – 2-ге вид., переробл. та допов. – Х. : Право, 2013. – С.171

<sup>667</sup> Статут Міжнародного Суду ООН від 26.06.1945 року. – Електронний ресурс. – [Режим доступу]: [http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995\\_010](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_010)

основною метою якої є здійснення кодифікації існуючих норм міжнародного права та підготовка проектів найважливіших міжнародних конвенцій, в 1969 році підписано Віденську конвенцію про право міжнародних договорів, в якій знаходимо нормативне визначення договору як «міжнародну угоду, укладену між державами в письмовій формі і регульовану міжнародним правом, незалежно від того, чи викладена така угода в одному документі, двох чи кількох зв'язаних між собою документах, а також незалежно від її конкретного найменування».<sup>668</sup>

На відміну від вищевказаної конвенції, в 1984 році підписано Віденську конвенцію про договори між державами та міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями, яка розширила суб'єктний склад міжнародних договорів, додавши сюди міжнародні міжурядові організації.

Аналіз сутності та призначення міжнародного права дозволяє нам виокремити суттєві ознаки міжнародного договору, які відрізняють його від договірної конструкції в цивільному праві. Проаналізувавши визначення поняття договору, даного в ст. 626 ЦК України, та поняття міжнародного договору, можна виокремити наступні відмінні ознаки: структура, суб'єктний склад, предмет, строк дії та територія поширення, мова договору, стадії укладення договору, можливість вчиняти застереження до договору, а також способи припинення дії договору. Зупинимось детальніше на кожній з перерахованих вище ознак.

*Структура та предмет договору в міжнародному праві.* Структура першочергово відрізняється наявністю преамбули, в якій містяться причини та мета підписання даного договору, а також цілі, які даним договором очікується досягнути. Всі інші складові договору аналогічні з договором в цивільному праві. Предмет договору в міжнародному праві має свою специфіку, адже держави та міжнародні організації укладають договори з

найрізноманітніших питань: забезпечення миру, захисту прав людини, обмеження озброєнь, користування міжнародною територією, економічної співпраці та допомоги, утворення міждержавних союзів, тощо. Таким чином, можна дійти висновку, що предмет міжнародного договору охоплює набагато ширше питань для врегулювання, на відміну від цивільного договору, в основному через специфіку суб'єктів міжнародного права в цілому.

*Суб'єкти договору.* Відповідно до цивільного законодавства суб'єктами цивільного договору виступають суб'єкти цивільних правовідносин – фізичні та юридичні особи, держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права.<sup>669</sup> Міжнародне право звужує перелік суб'єктів, акцентуючи увагу виключно на державах та міжнародних міжурядових організаціях. Таким чином, діючи Віденські конвенції 1969 та 1984 років випускають з кола суб'єктів міжнародного договору нації та народи, що борються за самовизначення, залишаючи їм право укладати договори з такими ж суб'єктами міжнародного права та державами, які визнають такі нації як незалежні утворення відповідно до норм міжнародного права. Таким чином, найбільшою групою суб'єктів договірних відносин в міжнародному праві є держави, які в силу свого існування з моменту створення володіють повною міжнародною правосуб'єктністю, що складається з міжнародної правоздатності, міжнародної дієздатності, міжнародної деліктоздатності та участі в міжнародній формотворчості. Всі держави є суверенними, рівними та незалежними і повинні здійснювати свою діяльність у відповідності до положень Статуту ООН та ключових принципів міжнародного права.

Особливістю суб'єктного складу міжнародного договору є участь в ньому саме міжнародних міжурядових організацій (тут і надалі – ММО), а не міжнародних неурядових організацій (тут

<sup>668</sup> Віденська конвенція про право міжнародних договорів, прийнята 23.05.1969 року. Стаття 2. - Електронний ресурс. - [Режим доступу]: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_118](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_118)

<sup>669</sup> Цивільний кодекс України, прийнятий Верховною Радою України 16.01.2003, підстава № 435-IV. - Електронний ресурс. - [Режим доступу]: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

і надалі - МНУО). Відмінність перших полягає, по-перше, способом формування (ММО формуються з офіційних представників держав, і таким чином держава наділяє такі організації частиною своєї правосуб'єктності), по-друге, колом питань, які входять до відома даних організацій (здебільшого ММО об'єднують держави для співпраці в політичній, економічній, військовій та інших сферах), та по-третє, можливістю таких організацій впливати на внутрішню політику держав (шляхом прийняття регламентів, директив, резолюцій ММО приймають прямі вказівки на подальшої діяльності урядів держав - членів такої організації в тій чи іншій сфері). Такими організаціями на сьогодні є Організація Об'єднаних Націй, Північноатлантичний Альянс, Європейський Союз, Рада Європи, тощо.

Як уже було зазначено, держави, створюючи міжнародну міжурядову організацію, наділяють її частиною своєї правосуб'єктності і надають право приймати рішення, які будуть обов'язкові до виконання. Віденська конвенція 1984 року підтвердила важливість ролі ММО в сучасних умовах, додавши їх до складу суб'єктів міжнародного договору.

Види договорів в міжнародному праві. Цивільне законодавство в статті 626 ЦК України вказує можливість укладення односторонніх, двосторонніх та багатосторонніх договорів. Міжнародне право, в свою чергу, передбачає укладення договору між двома та більше суб'єктами міжнародного права. З даним положенням напряду пов'язана умова мови договору. Якщо договір укладено між двома державами (двосторонній договір), мовою даного договору буде офіційна мова кожної з держав, та за домовленістю між сторонами може бути вибрана інша мова. Якщо ж йдеться про багатосторонній договір, то практика вказує на необхідність укладення договору офіційними мовами ООН – арабською, китайською, англійською, французькою, російською та іспанською.<sup>670</sup>

<sup>670</sup> Офіційний сайт Організації Об'єднаних Націй / - Електронний ресурс. – [Режим доступу]: <http://www.un.org/ru/>

Окрім того договори в міжнародному праві можуть бути закритими та відкритими – залежно від встановлення умов приєднання до договору нових держав. Відповідно відкритим буде договір, до якого будь-яка держава може приєднатись незалежно від того, на якій стадії укладення перебуває даний договір. На противагу відкритому, закритим буде такий міжнародний договір, до якого держава може приєднатись за згодою держав, які даний договір уклали.

За змістом договори можуть бути двох видів:

- Правотворчі договори (*traités lois*)
- Договори – контракти (*traités-contrats*)

Перша категорія договорів встановлює закономірності поведінки для сторін протягом певного періоду часу в певних сферах діяльності. Договори, що належать до другої категорії, призначені регулювати деякі конкретні питання співробітництва між державами, наприклад, транскордонного переміщення небезпечних відходів.<sup>671</sup>

На сьогодні існує багато різноманітних класифікацій міжнародних договорів за різними підставами: за регіоном поширення, за предметом договору, за колом учасників, і т.д.

Стадії укладення міжнародного договору. Розділ II Віденської конвенції 1969 року присвячений питанням укладення міжнародного договору. Передус укладенню договору *договірна ініціатива*, що може бути виражена в будь-якій формі. Стаття 7 Віденської конвенції 1969 року, як підготовчий етап, передбачає з'ясування повноважень у осіб, що будуть брати участь в процесі укладення договору. Так, без необхідності пред'явлення повноважень діють глави держав, глави урядів та міністри закордонних справ з метою вчинення всіх актів, що стосуються укладення договору; глави дипломатичних представництв - з метою прийняття тексту договору між акредитуючою державою і державою, при якій вони акредитовані, та представники, уповноважені державою.

<sup>671</sup> A. Quast, M. Fitzmaurice Law of treaties. Section A: Introduction to the law of treaties. Published by the University of London Press. - 2007. - p. 12.

репрезентувати їх на міжнародній конференції або в міжнародній організації, або в одному з її органів, - з метою прийняття тексту договору на такій конференції, в такій організації або в такому органі.<sup>672</sup> У всіх інших випадках особа, що представляє державу повинна підтвердити свої повноваження для участі в договірному процесі. Наступним етапом (стадією) укладення міжнародного договору є *прийняття тексту договору та встановлення його автентичності*. Якщо в договорі не передбачена спеціальна процедура для встановлення автентичності договору, автентичність встановлюється «шляхом підписання, підписання *ad referendum* або парафування представниками цих держав тексту договору або заключного акта конференції, який містить цей текст».<sup>673</sup> В свою чергу «парафування тексту означає підписання договору в тому випадку, коли встановлено, що держави, які беруть участь у переговорах, так домовились; а підписання *ad referendum* договору представником держави, якщо воно підтверджується цією державою, означає остаточне підписання договору».<sup>674</sup>

У випадку необхідності або передбачення договором, наступним етапом укладення міжнародного договору є його *ратифікація*. Даний етап є відмінною ознакою міжнародного договору, і не передбачений під час укладення будь-яких інших договорів в приватно - правовій сфері. Відповідно до ч.2 ст.9 Закону України «Про міжнародні договори України» надано перелік договорів, які вимагають обов'язкової ратифікації з боку Верховної Ради України. Зокрема, в даний перелік включені всі питання, що стосуються прав, свобод та обов'язків людини і громадянина, політичних питань, питань співпраці, взаємної допомоги та співробітництва, військової допомоги, участі України в міждержавних союзах, а також ті, що потребують

прийняття нових законів або зміну існуючих.<sup>675</sup> Після завершення ратифікації, всі ратифікаційні грамоти передаються депозитарію, яким може бути міжнародна організація, держава або посадова особа міжнародної організації. Депозитарій зобов'язаний зберігати автентичний текст договору; здійснювати підготовку засвідчених копій з автентичного тексту, одержувати і зберігати документи, оповіщення і повідомлення, які його стосуються, реєструвати договір в Секретаріаті Організації Об'єднаних Націй.<sup>676</sup> Після реєстрації договору в Секретаріаті ООН та його опублікування завершується процес прийняття та підписання міжнародного договору.

Особливістю укладення міжнародних договорів є можливість здійснення *застереження* щодо такого договору. Здійснення застереження державою тягне за собою наступні наслідки:

- змінює для держави, яка зробила застереження, в її відносинах з цим іншим учасником положення договору, яких стосується застереження, в межах сфери дії застереження;

- змінює тією ж мірою зазначені положення для цього іншого

учасника в його відносинах з державою, яка зробила застереження.<sup>677</sup>

Таким чином застереження – це виключення дії певного положення договору з-під юрисдикції держави, яка таке застереження здійснює. Заборонено здійснювати застереження в двосторонньому договорі, якщо таке застереження буде суперечити суті договору та в договорі заборонено здійснювати застереження.<sup>678</sup>

<sup>675</sup> Закон України № 1906-IV «Про міжнародні договори України», прийнятий Верховною Радою України 29.06.2004. Стаття 9./ - Електронний ресурс. – [Режим доступу]: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1906-15>

<sup>676</sup> Ibid, стаття 77

<sup>677</sup> Supra note 2, стаття 21

<sup>678</sup> Ibid.

<sup>672</sup> Supra note 2, стаття 7

<sup>673</sup> Supra note 2, стаття 10

<sup>674</sup> Ibid, стаття 10.

**Форма договору.** Цікавим є положення щодо форми міжнародного договору. Віденська конвенція про право міжнародних договорів застосовується до письмових договорів, незалежно від того, чи викладена така угода в одному документі, двох чи кількох зв'язаних між собою документах (наприклад, обмін нотами). Комісія з міжнародного права дала пояснення, що «письмовий характер угоди» не позбавляє усні домовленості або негласні угоди, вчинені в рамках міжнародного права, юридичної сили. Це означає, що Віденська конвенція про право міжнародних договорів не регулює питання укладення, дійсності та недійсності таких домовленостей.

Особливістю права міжнародних договорів є те, що воно охоплює як офіційні угоди (договори, конвенції, протоколи, статuti, договори, акти), так і неформальні угоди (узгоджені протоколи, обмін нотами або листами, меморандум про взаєморозуміння, тощо). До прикладу, Міжнародний суд ООН

в *Справі про розмежування морських просторів і територіальне питання між Катаром і Бахрейном (Qatar проти Бахрейну) [Case Concerning Maritime Delimitation and Territorial Question between Qatar and Bahrain (Qatar vs Bahrain)]* постановив, що протокол зборів, складений в 1990 році, становить юридично дійсний договір, тому що міжнародні угоди можуть приймати різні форми і укладатись під різними назвами, тобто той факт, що волевиявлення сторін називається "Протокол засідання", не заперечує його договірний характер, відповідно до статті 2 (1) (а) Віденської конвенції про право міжнародних договорів. [*international agreements may take a number of forms and be given a diversity of names*"]; i.e the fact that this is called "minutes of meeting", in itself, does not deny it of its character as a treaty under Article 2(1) (a) of the VCLT].<sup>679</sup>

<sup>679</sup> International Court of Justice. Reports of Judgements, Advisory opinions and orders. *Case Concerning Maritime Delimitation and Territorial Question between Qatar and Bahrain (Qatar vs Bahrain)*. Jurisdiction and admissibility. Judgement of July 1994. - Електронний ресурс. - [Режим доступу]: <http://www.icj-cij.org/docket/files/87/6995.pdf>

**Строк дії міжнародного договору.** Відповідно до ст. 631 ЦК України строком дії договору визначається «час, протягом якого сторони можуть здійснити свої праця і виконати свої обов'язки відповідно до договору».<sup>680</sup> Таким чином можна зробити висновок, що договори, які регулюють приватно - правові відносини носять строковий характер. В свою чергу, міжнародний договір може мати строковий, невизначено-терміновий та безстроковий характер. Здебільшого, аналіз практики укладення міжнародних договорів дозволяє зробити висновок, що строкові договори укладаються на досить тривалий період часу (наприклад, Паризький договір 1951 року про утворення Європейського об'єднання вугілля та сталі був укладений на 50 років). В свою чергу невизначено - терміновий договір передбачає першопочаткове встановлення строку дії договору, з можливістю його продовження на невизначений термін. І відповідно безстроковий договір укладається на невизначений строк.

**Територія поширення дії договору.** За загальним правилом міжнародні договори є обов'язковими для кожного учасника щодо всієї його території.<sup>681</sup> Проте існують ситуації, коли міжнародні договори поширюють свою дію на міжнародну територію, яка не належить жодній з держав, і всі держави в рівній мірі мають право користуватись такою територією. В даному випадку говоримо про Договір про Антарктику від 01.12.1959 року (приєднання України до договору відбулось 17.09.1992, підстава 2609-12), а також про Договір про принципи діяльності держав по дослідженню і використанню космічного простору, включаючи Місяць та інші небесні тіла (Договір про космос) від 27.01.1967 року.

**Припинення дії договору.** За загальним правилом договір припиняє свою дію після спливу строку на який його було прийнято. Так як така підстава не залежить від волі держав і є об'єктивним критерієм припинення дії договору, то можна

<sup>680</sup> Supra note 3, стаття 631.

<sup>681</sup> Supra note 2, стаття 29

говорити про вольові та невольові підстави припинення дії міжнародних договорів.

Відповідно до положень Віденської конвенції про право міжнародних договорів, будь-який учасник договору має право вийти з нього, завчасно повідомивши про це всіх інших учасників (не менше ніж за 12 місяців).<sup>682</sup> Припинення дії договору може відбуватись також у випадку укладення наступного договору тими ж учасниками і з того ж кола питань. Попередній договір зупиняє свою дію коли:

а) з наступного договору випливає або в інший спосіб встановлено намір учасників, щоб дане питання регулювалося цим договором;

б) положення наступного договору є настільки несумісними з положеннями попереднього договору, що обидва договори неможливо застосувати одночасно.<sup>683</sup>

За аналогією з внутрішньо національним правом держави, міжнародне право також передбачає підстави для *визнання договору недійсним*. Так, держава має право посилається на помилку в договорі як на підставу недійсності її згоди на обов'язковість для неї цього договору. Помилка повинна стосуватись факту або ситуації, які являли собою істотну основу для її згоди на обов'язковість для неї цього договору при укладенні договору.<sup>684</sup> Окрім того, держава має право посилається на недійсність договору, якщо він був укладений під впливом *обманних дій* іншої держави, яка брала участь у переговорах<sup>685</sup>, укладення такого договору було здійснено із застосуванням сили або погрози силою, що потягнуло за собою порушення принципів міжнародного права, втілених у Статуті Організації Об'єднаних Націй<sup>686</sup>, а також в тому випадку, коли згоду на обов'язковість договору «було виражено в результаті

*примусу її представника діями або погрозами, спрямованими проти нього*».<sup>687</sup>

*Виконання договору.* Для повного, правильного та всебічного виконання положень міжнародних договорів в сучасне міжнародне право розробило два основні принципи: принцип «*facta sunt servanda*» та принцип сумлінного виконання зобов'язань за міжнародними договорами, передбачений Статутом ООН. Перший із названих принципів передбачає те, що «кожен чинний договір є обов'язковим для його учасників і повинен добросовісно виконуватись».<sup>688</sup>

Що стосується іншого принципу, то аналіз його суті напряду дозволяє нам зробити висновок важливості міжнародних договорів в сучасному світі.

Так, Підсумковий документ Віденської зустрічі представників держав-учасниць Наради з безпеки та співробітництва в Європі 1989 р. виокремлює наступні положення виконання міжнародних зобов'язань:

1. Кожна держава зобов'язана добросовісно виконувати свої зобов'язання:

- а) за Статутом ООН;
- б) із загальновизнаних принципів та норм міжнародного права;
- в) за міжнародними договорами, які є дійсними відповідно до загальновизнаних принципів та норм міжнародного права.

2. У разі суперечностей між зобов'язаннями за міжнародними договорами і зобов'язаннями як членів ООН за її Статутом перевага надається статутним зобов'язанням.

3. Кожна держава, здійснюючи свої суверенні права, в тому числі й такі, як встановлення власних законів та адміністративних правил, повинна забезпечити, щоб такі закони і адміністративні правила, так само як і практика, і політика їх

<sup>682</sup> Supra note 2, стаття 56

<sup>683</sup> Ibid, стаття 59

<sup>684</sup> Supra note 2, стаття 49

<sup>685</sup> Ibid, стаття 40

<sup>686</sup> Ibid, стаття 52

<sup>687</sup> Ibid, стаття 51

<sup>688</sup> Ibid, стаття 26

застосування, відповідали її зобов'язанням з міжнародного права.<sup>689</sup>

Підсумовуючи вищевикладене приходимо до висновку, що конструкція договору на сучасному етапі становлення міждержавних відносин відіграє чи не найголовнішу роль. Проте, договір в міжнародному праві суттєво відрізняється від договірних конструкцій, які застосовуються в цивільному, адміністративному, трудовому та інших галузях національного законодавства. В першу чергу, міжнародний договір, ввівши особливості міжнародного права, регулює відносини між державами та міжнародними організаціями з найширшого кола питань. Проте, незважаючи на чітке регулювання умов виконання договорів, практика показує, що держави не дотримуються положень щодо обов'язковості договору та сумлінного виконання взятих на себе договірних зобов'язань. Яскравим прикладом є порушення Російською Федерацією умов Меморандуму про гарантії безпеки у зв'язку з приєднанням України до Договору про нерозповсюдження ядерної зброї від 05.12.1994 року (Будапештського меморандуму), що суперечить положенням Віденської конвенції про право міжнародних договорів. Таким чином, сучасне міжнародне право потребує вдосконалення норм, які б регулювали механізм контролю за виконанням положень міжнародних договорів, так само як і механізму притягнення винної держави до міжнародно – правової відповідальності за вчинення таких порушень.

<sup>689</sup> Підсумковий документ Віденської зустрічі держав-учасниць Наради з безпеки та співробітництва в Європі, прийнятий 15.01.1989 року. / - Електронний ресурс. – [Режим доступу]: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994\\_081](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_081).

## ВІДОМОСТІ ПРО АВТОРІВ

**Банасевич Ірина Іванівна** – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника;

**Васильєва Валентина Антонівна** – доктор юридичних наук, професор, Заслужений юрист України, директор Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника – підрозділ 3.1. розділу 3;

**Васильєва Вікторія Валентинівна** – кандидат юридичних наук, науковий співробітник Лабораторії корпоративного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г.Бурчака НАПрН України;

**Гейнц Руслана Миколаївна** - кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника;

**Зеліско Алла Володимирівна** – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника;

**Зозуляк Ольга Ігорівна** – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника;

**Кернякевич-Танасійчук Юлія Володимирівна** – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри трудового, екологічного та аграрного права Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника;

**Кобецька Надія Романівна** – кандидат юридичних наук, професор, завідувач кафедри трудового, екологічного та аграрного права Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника;

**Козич Ігор Васильович** – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального права Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника;

**Кузьмич Олег Ярославович** – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри судочинства Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника;

**Логвінова Марія Володимирівна** – кандидат юридичних наук, доцент, заступник директора Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника;

**Микитин Юрій Іванович** – кандидат юридичних наук, доцент, заступник директора Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника;

**Мироненко Ігор Віталійович** – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника;

**Олійник Оксана Степанівна** – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника;

**Петровська Ірина Ігорівна** – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри конституційного, адміністративного та міжнародного права Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника;

**Пташник Ірина Романівна** – викладач кафедри конституційного, адміністративного та міжнародного права Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника;

**Саракун Ірина Богданівна** – кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, старший науковий співробітник Лабораторії корпоративного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України;

**Семків Віта Василівна** – кандидат юридичних наук, викладач кафедри судочинства Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника;

**Сішук Ліліана Василівна** – кандидат юридичних наук, науковий співробітник Лабораторії корпоративного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України;

**Сліпенчук Наталія Андріївна** – кандидат юридичних наук, викладач кафедри цивільного права Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника.



## **Зміст**

<b>АВТОРСЬКИЙ КОЛЕКТИВ.....</b>	<b>3</b>
<b>ПЕРЕДМОВА.....</b>	<b>5</b>
ФЕНОМЕН ДОГОВОРУ В ЦИВІЛІСТИЦІ.....	5
<b>РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ТА МЕТОДОЛОГІЧНІ ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ КАТЕГОРІЇ ДОГОВОРУ У ПРАВОВІЙ ДОКТРИНІ.....</b>	<b>13</b>
1.1. ІСТОРИКО-ПРАВОВІ ТА ГНОСЕОЛОГІЧНІ ПЕРЕДУМОВИ ДО ФОРМУВАННЯ ПОНЯТТЯ «ДОГОВІР» У ПРАВІ ТА ЗАКОНОДАВСТВІ ....	13
1.2. Підходи до розуміння договору .....	29
1.2.1. Договір як юридичний факт .....	29
1.2.2. Договір як правовідношення.....	47
1.2.3. Договір як нормативний документ .....	61
1.2.4. Договір як форма реалізації цивільної правосуб'єктності учасників цивільних правовідносин.....	79
<b>РОЗДІЛ 2. ПРИНЦИПИ ТА МЕХАНІЗМ ДОГОВІРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН.....</b>	<b>95</b>
2.1. Принципи договірної регуляції цивільних правовідносин у механізмі правового регулювання .....	95
2.2. Роль договору у структурі механізму регулювання цивільних правовідносин .....	111
<b>РОЗДІЛ 3. ПРОБЛЕМИ СИСТЕМАТИЗАЦІЇ ДОГОВОРІВ У СУЧАСНОМУ ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ.....</b>	<b>126</b>
3.1. Доктринальні питання систематизації договорів .....	126

<b>3.2. ТИПИ ДОГОВОРІВ ТА ЇХ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА .....</b>	<b>143</b>
3.2.1. Публічний договір.....	143
3.2.2. Договір приєднання .....	156
3.2.3. Договір на користь третіх осіб.....	163
3.2.4. Попередній договір.....	176
3.2.5. Непоіменовані договори .....	193
3.2.6. Змішані договори .....	218
3.2.7. Споживчий договір .....	237
3.2.8. Зовнішньоекономічний договір.....	249

<b>РОЗДІЛ 4. КОНЦЕПЦІЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРУ В ІНШИХ ГАЛУЗЯХ.....</b>	<b>268</b>
4.1. ДОГОВІР ЯК РЕГУЛЯТОР ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИН.....	268
4.2. ДОГОВІР ЯК РЕГУЛЯТОР СІМЕЙНИХ ПРАВОВІДНОСИН.....	284
4.3. ПРОЦЕСУАЛЬНІ ДОГОВОРІ : ПОСТАНОВКА ПИТАННЯ ТА ЗАКОНОДАВЧА ПЕРСПЕКТИВА .....	310
4.4. ДОГОВІРНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРИРОДНОРЕСУРСОВИХ ВІДНОСИН .....	334
4.5. ДОГОВІР У КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИНАХ .....	352
4.6. ДОГОВІР В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРАВІ.....	376
4.7. ДОГОВІР В МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ .....	383
<b>ВІДОМОСТІ ПРО АВТОРІВ .....</b>	<b>395</b>

**Наукове видання**

**Договір як універсальна  
форма правового  
регулювання**

**Колективна монографія**  
В авторській редакції

**Комп'ютерна верстка Ігор Козич**

Підписано до друку 08.02.2016. Формат 60х84/16.  
Папір офсет. Гарнітура "Times New Roman".  
Ум. друк. арк. 25,2. Тираж 300 пр. Зам. № 8/16.

**Видавець**  
Видавництво Прикарпатського національного  
університету імені Василя Стефаника  
76018, м. Івано-Франківськ, вул. С. Бандери, 1  
Тел. 75-13-08. E-mail: vdvci@pu.if.ua

*Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 2718  
від 12.12.2006*

ISBN 978-966-640-418-6

