

НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

КИЇВСЬКИЙ РЕГІОНАЛЬНИЙ ЦЕНТР

НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ ПРИВАТНОГО ПРАВА
І ПІДПРИЄМНИЦТВА ІМЕНІ АКАДЕМІКА Ф. Г. БУРЧАКА

**О Н О В Л Е Н Н Я Д О Г О В І Р Н О Г О
Р Е Г У Л Ю В А Н Н Я
П Р И В А Т Н О П Р А В О В И Х В І Д Н О С И Н
В У К Р А Ї Н І**

Монографія

Київ
2020

УДК 347.44(477)
О-59

*Рекомендовано до друку на засіданні вченої ради
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України
(протокол № 9 від 30 вересня 2020 р.)*

Рецензенти:

О. В. Кохановська – доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України, Заслужений діяч науки і техніки України, академік-секретар відділення цивільно-правових наук Національної академії правових наук України;

С. О. Погрібний – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, суддя Верховного Суду

Оновлення договірному регулюванню приватноправових відносин в Україні : монографія / за заг. ред. А. Б. Гриняка, О. О. Кота, М. Д. Пленюк. Київ : НДІ приват. права і підприємництва ім. акад. Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2020. 488 с.

ISBN 978-617-7087-86-0

Монографія присвячена аналізу шляхів оновлення договірного законодавства України, дослідженню новітніх змін у механізмі договірному регулюванню, не лише з огляду на феномен договору, його свободу, дотримання правових принципів, а й на новітні розуміння свободи форми договору, елементів регулювання договірних відносин, його стадій тощо. Подано аналіз феномену договору як акту саморегулювання в приватноправових відносинах. Особливу увагу приділено новітнім змінам договірному регулюванню. Охарактеризовано особливості договірному режиму в різних сферах приватноправових відносин. Сформульовано низку пропозицій щодо удосконалення чинного законодавства та практики його застосування.

Книга адресована науковим та науково-педагогічним працівникам закладів вищої освіти і наукових установ, студентам, аспірантам, докторантам, суддям, адвокатам, нотаріусам та всім, хто цікавиться актуальними питаннями договірному регулюванню приватноправових відносин в Україні.

УДК 347.44(477)

© НДІ приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН
України, 2020

ISBN 978-617-7087-86-0

© Колектив авторів, 2020

Зміст

Передмова	5
РОЗДІЛ 1	
ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ПІДХОДИ ДО ДОГОВІРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРИВАТНОПРАВОВИХ ВІДНОСИН	8
1.1. Цивільно-правовий договір як правовий засіб саморегулювання.....	8
1.2. Ризики в договірних зобов'язаннях	24
1.3. Захист прав споживачів у договірних зобов'язаннях	47
РОЗДІЛ 2	
ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ З ПЕРЕДАННЯ МАЙНА У ВЛАСНІСТЬ	66
2.1. Загальні положення про договори купівлі-продажу	66
2.2. Договори постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу.....	82
2.3. Договір дарування.....	100
2.4. Договір довічного утримання (догляду)	109
РОЗДІЛ 3	
ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ З ПЕРЕДАННЯ МАЙНА У ТИМЧАСОВЕ КОРИСТУВАННЯ	123
РОЗДІЛ 4	
ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ З ВИКОНАННЯ РОБІТ	139
4.1. Загальні положення про договори підряду, їх систематизація	139
4.2. Договір побутового підряду	153
4.3. Договір будівельного підряду	180
4.4. Договір підряду на проведення пошукових та проектних робіт	195
4.5. Договори на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт.....	215
РОЗДІЛ 5	
ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ З НАДАННЯ ПОСЛУГ	234
5.1. Загальна характеристика та види договорів з надання послуг.....	234
5.2. Загальні положення про договори з надання транспортних послуг.....	261
5.3. Загальні положення про договори зберігання.....	293
5.4. Загальні положення про договори з надання страхових послуг.....	321

5.5. Договори співстрахування та перестрахування	336
5.6. Договори обов'язкового страхування.....	342
5.7. Договір про надання туристських послуг.....	346

РОЗДІЛ 6

ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ІЗ ЗАМІНИ СТОРІН

У ЗОБОВ'ЯЗАННІ	365
6.1. Загальні питання переходу прав кредитора до третіх осіб	365
6.2. Договори з відступлення права вимоги (цесії).....	370
6.3. Договори про заміну боржника (переведення боргу).....	385

РОЗДІЛ 7

ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ В СФЕРІ

КОРПОРАТИВНИХ ВІДНОСИН	387
7.1. Засновницькі договори господарських товариств	387
7.2. Акціонерний договір: сучасні реалії та тенденції розвитку	395
7.3. Корпоративний договір	413
7.4. Договірний порядок припинення господарських товариств	441

РОЗДІЛ 8

ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ В СФЕРІ

СПАДКОВИХ ВІДНОСИН	454
8.1. Договір про зміну черговості одержання права на спадкування	454
8.2. Договір охорони спадкового майна	459
8.3. Договір на управління спадщиною	466
8.4. Спадковий договір	473
Авторський колектив	484

ПЕРЕДМОВА

Із розпадом Радянського Союзу всі держави колишнього соціалістичного блоку постали перед завданням створити нові законодавчі засади в галузі приватного права. Таким чином ще на початку 90-х рр. минулого століття в Україні розпочалася робота над підготовкою проєкту чинного Цивільного кодексу України, що за часом збігалася з процесами гармонізації приватного права у країнах Європи. Зазначений період сьогодні можна з впевненістю назвати сприятливим для української юриспруденції, адже він характеризувався прийняттям Конституції України, а згодом – і кодифікованих актів як у публічно-правовій, так і в приватноправовій сферах.

Характерною ознакою реформ того часу передусім був широкий публічний діалог із залученням усіх зацікавлених осіб. Такий підхід вдалося реалізувати завдяки відкритому опублікуванню матеріалів проєктів кодифікованих актів, які стосувалися не лише самого тексту проєкту, а й основних ідей, міркувань та бачень, які кожна книга та глава проєкту відображала. Зазначене викликало жваву дискусію серед представників вітчизняної цивілістики та практиків, що забезпечило повноцінне фахове обґрунтування конкретного формулювання правової норми та дискусій щодо запропонованих їй альтернатив. Безперечно, такий підхід був досить складним та тривалим, однак у підсумку суспільство отримало «економічну Конституцію» (як тоді влучно «охрестили» Цивільний кодекс України), що закріпила провідні ідеї природного приватного права, принципи верховенства права, відновлення поділу права на публічне і приватне тощо. Без будь-яких перебільшень його слід розглядати не тільки як стрижневий акт цивільного законодавства, але й як необхідний чинник функціонування громадянського суспільства і формування правової держави.

Однак час не стоїть на місці як і економічні відносини, які з його плином оновлюються, модернізуючись відповідно до сучасних реалій, зумовлених інтеграцією ринків України та країн – членів Європейського Союзу у зв'язку із набуттям чинності Угоди про асоціацію України та ЄС. Відповідно й положення Цивільного кодексу України потребують оновлення з огляду на

формування судової практики їх застосування, а також європейських тенденцій розвитку приватного права за цей період. У зв'язку з цим особливою актуальності набуває розробка теоретичних і практичних пропозицій щодо створення ефективної й обумовленої європейською практикою системи правовідносин у сфері договірних зобов'язань. Так, орієнтація на європейський вектор розвитку вимагає від приватноправової науки формування нового цивілістичного мислення, сприйняття категорій та конструкцій сучасного європейського приватного права.

У процесі входження України у правовий простір ЄС має бути проведена велика робота з оновлення масиву нормативно-правових актів у сфері цивільного законодавства, а також договірної та судової практики щодо його застосування. Дослідження новітніх змін у механізмі договірного регулювання не лише з огляду на феномен договору, його свободу, дотримання правових позицій тощо, а й з огляду на розуміння свободи форми договору, структури способів регулювання договірних відносин, його стадій є «зрілою» передумовою для початку процесу рекодифікації Цивільного кодексу України.

Сучасна невідповідність окремих аспектів договірного регулювання приватноправових відносин європейським підходам свідчить про нагальну потребу системних змін і структурних новацій цивільного законодавства, втілення яких можливе шляхом наукового підходу. Так, договірне право перебуває в стані динамічного розвитку, у зв'язку з чим відбувається ускладнення і збагачення самого цивільного обороту. Тут простежується диференціація як зобов'язань у сфері підприємницької діяльності, так і звичайних зобов'язань, серед яких виділяються договірні зобов'язання за участю, наприклад, споживачів. Усе це сприяє певному відокремленню зобов'язань за галузями економічної діяльності (торгівля, будівництво, транспорт, житлова сфера, страхове, банківське обслуговування тощо).

Разом із тим договір як унікальне правове явище у всіх правових системах є одним із основних елементів правопорядку, який юридично забезпечує дійсність обмінних процесів з метою задоволення потреб суспільства, окремих його громадян або їх об'єднань. Саме конструкція договору стала одним із найвизначніших здобутків світової правової культури. Адже договір як універсальний інструмент правового регулювання, разом із традиційним застосуванням у сфері приватного права, в сучасних умовах застосовується не тільки у сфері приватного, а й публічного права.

Завдяки договору забезпечується правове регулювання відносин майнового обороту на засадах юридичної рівності, вільного волевиявлення і майнової самостійності його учасників. Інститут договірного права привертає посилену увагу з боку як вчених, так і практиків. Наукову зацікавленість стосовно проблем договірного права виявляють і співробітники Науково-до-

слідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України (далі – Інститут).

Дослідження проблем договірної права є фундаментальною науковою тематикою Інституту, відповідно у репрезентованій науковій праці пошуки вчених спрямовані на оновлення договірної законодавства України з огляду на аналіз феномену договору як акту саморегулювання в таких сферах приватноправових відносин, як передання майна у власність, виконання робіт, надання послуг, заміни сторін у зобов'язанні, корпоративних та спадкових правовідносинах. На цій основі сформульовано низку пропозицій щодо удосконалення чинного законодавства та практики його застосування.

Переконана, що ініціатива співробітників Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, а також обраний напрям наукових дискусій, які подані у цій монографії, дадуть можливість гармонізувати законодавство України до стандартів Європейського Союзу та сприятимуть якісному оновленню цивільного законодавства України.

Віце-президент Національної академії
правових наук України – керівник
Київського регіонального центру,
доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України,
Заслужений діяч науки
і техніки України



Н. С. Кузнцова

РОЗДІЛ 1

ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ПІДХОДИ ДО ДОГОВІРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРИВАТНОПРАВОВИХ ВІДНОСИН

1.1. Цивільно-правовий договір як правовий засіб саморегулювання

Договір є універсальним інструментом регулювання соціальних відносин на основі рівності сторін, який за умови належного оформлення та врахування інтересів кожного із учасників таких відносин здатен забезпечити отримання взаємної вигоди від виконання його умов контрагентами. При цьому така можливість існує як для рівноправних, так і взаємно підпорядкованих суб'єктів. Мабуть, це і обумовлює те, що конструкція договору використовується не тільки цивільним, але і багатьма іншими галузями права: міжнародним, конституційним, адміністративним, трудовим, земельним, екологічним, господарським, сімейним.

Тривалий час теорія договору розроблялася вченими-цивілістами, що призвело до появи численних концепцій, життєздатність яких була підтверджена практикою. Багато цих теоретичних напрацювань запозичувалися для розвитку концепції договору в інших галузях права або ж повністю переносилися та застосовувалися без змін. Так, у науковій літературі справедливо наголошується на тому, що категорія «договір» у сімейному праві детально не розроблена і запозичується з цивільного права, якщо положення окремого договору між учасниками сімейних правовідносин не суперечать засадам сімейного (цивільного) законодавства¹.

Водночас такий підхід спостерігається не у всіх галузях права, де напрацьовуються власні концепції договірної теорії. Наприклад, в ад-

¹ Мічурін Є. О. Цивілістика в сучасній юриспруденції. *Вісник Національної академії правових наук України* : зб. наук. пр. / редкол.: О. В. Петришин та ін. Харків : Право, 2017. №2 (89). С. 113.

міністративному праві використовується категорія нормативно-правового договору, який має свої особливості порівняно із цивільно-правовим договором та низку притаманних тільки йому ознак. Т. І. Стрибко виокремлює такі: 1) нормативність змісту – установлення договором і закріплення в ньому норм права – договірних норм; 2) однією зі сторін договору завжди є суб'єкт публічно-правових відносин, тобто той, що має владні повноваження та є суб'єктом правотворчості; він є джерелом права¹.

Особливістю договору у публічній сфері є його здатність впорядковувати відносини всередині складних систем, тобто таких, де одна система є учасником другої, а також між рівноправними системами.

Зовсім інші ознаки притаманні цивільно-правовому договору. Найбільш повний їх перелік наводить А. Б. Гриняк, окреслюючи характерні ознаки договірного регулювання приватноправових відносин: а) воно є впливом норм права на поведінку суб'єктів договірного зобов'язання, узгодження їхніх потреб, інтересів щодо кожного з них та суспільства в цілому; б) це специфічна діяльність учасників щодо впорядкування відносин між собою шляхом дотримання правових норм та їх адаптації через прийняття індивідуальних рішень відповідно до цих норм; в) воно має конкретний, організований характер (здійснюється шляхом встановлення прав та юридичних обов'язків для суб'єктів договірних зобов'язань); г) має цілеспрямований та результативний характер, метою якого є стимулювання ефективного розширення сфери свободи договору та свободи підприємництва².

Щоправда, складно погодитися з його тезою про те, що метою договірного регулювання є стимулювання розширення свободи договору. Швидше за все тут доцільно казати про досягнення балансу між застосуванням принципу свободи договору та його обмеженням. В сучасних умовах необхідним є підтримання державою балансу інтересів приватних осіб, суспільства в цілому та держави, який досягається обґрунтованим обмеженням принципу свободи договору.

¹ Стрибко Т. І. Нормативно-правовий договір та договірний процес у суверенній Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Одеса, 2016. С. 9.

² Гриняк А. Б. Договір у механізмі правового регулювання приватноправових відносин. *Договірне регулювання приватноправових відносин в умовах євроінтеграційних процесів в Україні* : монографія / за заг. ред. О. Д. Крупчана ; наук. ред. А. Б. Гриняка. Київ, 2017. С. 16–17.

Наприклад, в інтересах суспільства є проведення державної економічної політики, спрямованої на обмеження монополізму. Навіть Адам Сміт, який висунув теорію суто приватноправового регулювання економічних процесів, вказував на необхідність забезпечення державою конкурентного середовища між фірмами, для чого держава має одержати перемогу над монополіями, олігополіями. «Реальний стан конкуренції на ринку та вільний обіг товарів, вільний доступ до ринку споживачів та суб'єктів господарювання можливий лише завдяки вдало розробленим механізмам реалізації конкурентної політики»¹.

Принцип свободи договору обмежується в інтересах підтримання обороноздатності країни, для чого використовується державне замовлення. В інтересах захисту прав споживачів заборонено відмовляти в укладенні публічного договору. Цей перелік можна продовжувати і далі, але це може бути темою для окремого спеціального дослідження. Отже, обґрунтоване обмеження принципу свободи договору є також ознакою сучасного цивільно-правового договору.

Найбільш активно конструкція договору використовується саме для впорядкування приватноправових відносин, але це не означає його походження саме від цивільно-правового договору, як про це вказують окремі вчені. Так, була висловлена думка, що «вихід» договірної конструкції за межі цивільного права та її перетворення на універсальний регулятор суспільних відносин обумовлено постійним розвитком та ускладненням суспільних відносин, які охоплено правовим впливом, а однією з найголовніших умов її успішної адаптації до основних тенденцій розвитку різноманітних сфер суспільних відносин, які охоплені правовим впливом, є також еластичність, гнучкість договірної конструкції².

Дійсно, договору як правовому явищу притаманні еластичність та гнучкість, адже його можна швидко адаптувати для регуляції будь-яких соціальних відносин і в несприятливих для застосування договору умовах. Навіть у недемократичних державах договір санкціонується до використання. За радянських часів приватноправовий характер

¹ Швидка Т. І. Становлення сучасного конкурентного законодавства: світовий і вітчизняний досвід : монографія. Харків : Право, 2018. С. 68.

² Велика українська юридична енциклопедія : у 20 т. Харків : Право, 2016. Т. 15 : Господарське право / редкол. : В. А. Устименко (голова) та ін. ; Нац. акад. прав. наук України ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України ; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, 2019. С. 111.

майнових відносин заперечувався державою з ідеологічних підстав, але навіть в умовах планової економіки для регулювання відносин між соціалістичними підприємствами та організаціями використовувався господарський договір, хоча його регулюючий потенціал і був значною мірою знижений, адже він розглядався лише як засіб конкретизації планових завдань. Водночас універсальність договору як регулятора суспільних відносин обумовлена не ускладненням суспільних відносин, а саме універсальністю договору як такого. Універсальність договору має свій яскравий прояв у здатності до регулювання відносин таким договором, що не передбачений законодавством, але не суперечить йому. А. Г. Бірюкова зазначає, що, розглядаючи договір як самостійне джерело цивільного права, треба мати на увазі не нормативні договори, а договір, не передбачений актами цивільного законодавства. Такий договір укладається виключно внаслідок власного волевиявлення сторін, а його зміст визначається без посилання на чинні норми, що регулюють певні договори, у тому числі із застосуванням аналогії закону. Укладений таким чином договір є єдиним регулятором суспільних відносин, що породжуються ним¹.

Договір здатний регулювати не тільки соціальні відносини, що знаходяться поза межами правового регулювання, але є правовими, однак і відносини, що переслідуються державою як кримінально-карані.

У СРСР було встановлено кримінальну відповідальність за купівлю-продаж валюти, а в сучасних умовах кримінально караними у нашій незалежній державі є незаконний оборот наркотичних засобів, зброї, надання сексуальних послуг, незаконне видобування корисних копалин тощо. Загальновідомо, що у вказаних сферах відбувалися та відбуваються незаконні операції і їх опосередкування та врегулювання взаємних відносин між учасниками таких несанкціонованих державою оборудок регулюється за допомогою договору. Щоправда, такий договір складно визнати правовим. Швидше це злочинна домовленість, але, як і у правовому договорі, його контрагенти досягають згоди за такими істотними умовами, як предмет, ціна та строк переважно в усній формі, виконують прийняті на себе незаконні зобов'язання та кримінальними способами забезпечують їх виконання. Предметом злочин-

¹ Бірюкова А. Г. Особливості договору як джерела цивільного права України. *Наук. вісн. Міжнар. гуманіт. ун-ту. Серія «Юриспруденція»*. 2018. №33. С. 90.

них домовленостей стають дії щодо переходу права власності на речі обмежені або заборонені до цивільного обігу та на гроші. Якщо ж законодавець дозволить обіг таких речей, то такі відносини будуть опосередковані цивільно-правовим договором. Наприклад, легалізація наркотичних засобів призведе до опосередкування відносин з їх продажу саме цивільно-правовим договором. Таким чином, договір має потенціал до соціальної регуляції навіть незаконних відносин, що не дивно, адже історично він виник до появи держави та права. Теорія суспільного договору, якою обґрунтовується поява держави, також свідчить про самостійність категорії «договір».

Договір є універсальною конструкцією, здатною до забезпечення саморегулювання суспільних відносин будь-якої складності. Варто погодитися з О. А. Беляневич, що договір є не лише актом правореалізації, але й універсальним засобом саморегуляції суспільних відносин, у чому і полягає феномен його соціальної сутності¹.

Для того щоб договір отримав юридичну силу він має відповідати критеріям, встановленим законодавцем, а отже, і саморегулювання договору має певні обмеження. О. М. Гончаренко наголошує, що «саморегулювання господарського договору обмежується імперативними нормами, визначеними у законодавстві. Обмежувальними засадами саморегулювання господарського договору є дотримання принципу добросовісності і чесної ділової практики. Звичайно, певними обмеженнями саморегулювання господарського договору є: 1) особливий суб'єктний склад; 2) допустимість відступу від принципу рівності сторін (окремі види договорів: державні контракти, договори приєднання); 3) можливість обмеження договірної свободи з метою захисту публічних інтересів; 4) діапазон специфічних вимог законодавства, які стосуються того чи іншого різновиду господарського договору тощо»². Підхід, запропонований нею для господарського договору, можна екстраполювати і на цивільно-правовий договір.

Водночас при встановленні обмеження договірного саморегулювання законодавчим органам необхідно застосовувати економічний

¹ Беляневич О. А. Теоретичні проблеми господарського договірного права : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.04. Київ, 2006. С. 31.

² Гончаренко О. М. Саморегулювання господарської діяльності: питання теорії та практики : монографія. Київ : НДІ приват. права і підприємництва ім. акад. Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2019. С. 148.

підхід. На існуванні економічного підходу у праві розвинутих країн наголошує Є. Д. Стрельцова. На думку автора, цей підхід існує як «рух, право та економіка» або аналіз правових феноменів з позиції економічного підходу, та є найбільш впливовою парадигмою у сучасному правознавстві¹.

Цей підхід базується на засадах мікроекономічної теорії «раціонального вибору» і полягає, зокрема, у тому, що суб'єкти соціальних відносин застосовують до впорядкування своїх відносин ті правові інструменти, які забезпечують найбільш ефективний результат. Проте витрати на його реалізацію також повинні бути не обтяжливими. Відбувається процес оцінки таких критеріїв у їх сукупності. Якщо трансакційні витрати від застосування певних правових інструментів будуть низькими, то і вибір буде зроблено на користь саме таких правових засобів. Це стосується і вибору договірної форми. Тому держава має встановлювати такі «правила гри», які забезпечать дотримання правового порядку, адже у випадку низьких трансакційних витрат від застосування неправових засобів та занадто високих трансакційних витрат від правових засобів вибір буде зроблено саме на користь перших. По суті, створення сприятливих законодавчих умов для майнового обігу є формою непрямой державної підтримки суб'єктів таких відносин, що в умовах дефіциту державних коштів є більш доцільним ніж такі форми, як пільгове оподаткування, субвенції, дотації тощо. Належне законодавче регулювання щодо договору, обмежень його саморегуляції знижує трансакційні витрати учасників договірних відносин, а отже, і здатне забезпечити застосування економічного підходу.

Тобто договірне саморегулювання відбувається у межах, встановлених державою. Так, держава встановлює правила щодо форми та змісту договору, дотримання яких забезпечує виникнення договірних зобов'язань: необхідність досягнення згоди за всіма істотними умовами договору у належній формі.

На думку В. П. Маслова та О. А. Пушкіна, істотні умови визначають обов'язковий зміст договору². В. Г. Олюха, досліджуючи істотні умови

¹ Стрельцова Є. Д. Уніфікація міжнародного права та її вплив на національне законодавство : монографія. Одеса : Вид. дім «Гельветика». 2019. С. 39.

² Советское гражданское право : в 2 ч. Ч. 1 / под общ. ред. В. Ф. Маслова и А. А. Пушкина. Киев : Вища школа, 1983. С. 407.

договору, встановив, що їх сутність полягає в такому: 1) вони мають узгоджуватися сторонами; 2) результат такого узгодження має знайти своє відображення у договорі, тобто всі погоджені умови вносять до договору; 3) інші умови сторони можуть не визначати у договорі; 4) якщо будь-яка істотна умова не включатиметься до договору, настає правовий наслідок у вигляді визнання договору неукладеним¹.

Варто зазначити, що судова практика останніх років іде шляхом заперечення можливості у судовому порядку визнавати цивільно-правовий договір або господарський договір, навіть якщо у ньому не встановлена істотна умова, неукладеним. Підстава для такого підходу – відсутність у законі такого способу захисту, як визнання договору неукладеним, а відповідно до ст. 16 ЦК України захист цивільних прав та інтересів судом здійснюється тими способами, що встановлені у цій нормі або ж іншим способом, що встановлений договором або законом чи судом у визначених законом випадках. Статтею 20 ГК України, яка містить перелік способів захисту прав та законних інтересів суб'єктів господарювання та споживачів, також не визначено такого способу захисту. Відсутність істотної умови у договорі має враховуватися лише при прийнятті рішення та відобразитися у мотивувальній частині рішення.

Із прийняттям нових процесуальних кодексів можливим є перегляд вказаного суддівського підходу. Відповідно до ч. 2 ст. 5 ЦПК України у випадку, якщо закон або договір не визначають ефективного способу захисту порушеного, невизнаного або оспореного права, свободи чи інтересу особи, яка звернулася до суду, суд відповідно до викладеної в позові вимоги такої особи може визначити у своєму рішенні такий спосіб захисту, який не суперечить закону. На практиці не завжди заінтересованій стороні достатньо отримати судову оцінку щодо укладеності договору у мотивувальній частині. Такий можливий спосіб захисту, як визнання договору неукладеним, не суперечить законодавству України, а отже, судова практика останніх років у цьому питанні може бути переглянута.

Практика, сформована Великою Палатою у сфері захисту порушених цивільних прав, дає підстави для позитивного очікування можливості перегляду раніше сформованої судової практики. Великою Па-

¹ Олюха В. Г. Істотні умови цивільно-правового договору. *Вісн. Вищ. арбітраж. суду України*. 2000. №3. С. 230.

латою Верховного Суду у Постанові від 27 листопада 2018 р. у справі №905/2260/17, провадження №12-173гс18 щодо захисту права сформульоване таке положення: «Спосіб захисту може бути визначений як концентрований вираз змісту (суті) міри державного примусу, за допомогою якого відбувається досягнення бажаного для особи, право чи інтерес якої порушені, правового результату. Спосіб захисту втілює безпосередню мету, якої прагне досягнути суб'єкт захисту (позивач), вважаючи, що таким чином буде припинене порушення (чи оспорювання) його прав, він компенсує витрати, що виникли у зв'язку з порушенням його прав, або в інший спосіб нівелює негативні наслідки порушення його прав»¹.

Із цього визначення високої судової інстанції виходить, що раніше вироблена позиція судових органів у питанні визнання договору неукладеним у зв'язку з відсутністю у ньому істотної умови має бути переглянута, адже обраний позивачем спосіб захисту повинен забезпечувати ефективний захист у допустимих законодавством межах.

Водночас, ураховуючи лише можливу перспективність зміни судової практики у питаннях визнання договору неукладеним та реалії сьогодення, запропонований раніше В. Г. Олюхою елемент сутності істотних умов цивільно-правового договору у вигляді правового наслідку – визнання договору неукладеним підлягає уточненню: якщо будь-яка істотна умова не включатиметься до договору, настає правовий наслідок у вигляді відсутності такого правового наслідку, як укладення договору.

І. І. Зазуляк вважає, що встановлення істотних умов договору законом спрямоване передусім на збереження правової природи того чи іншого договору, на збереження нормального цивільного обороту. З його позицією можна погодитися лише частково з таких міркувань. Дійсно, істотні умови здебільшого відображають сутність певного виду договору, але це відбувається у випадку, коли їх перелік є необхідним для виникнення саме цього виду договору. Наприклад, у Законі України «Про туризм» коло істотних умов хоча доволі широкий, але повністю є необхідним і достатнім для належного впорядкування відносин сторін. Закон України «Про фінансовий лізинг» передбачає

¹ Справа №905/2260/17, провадження №12-173гс18. URL: https://protocol.ua/ua/postanova_vp_vs_vid_27_11_2018_roku_u_spravi_905_2260_17 (дата звернення: 18.08.2020).

обмежене коло істотних умов і такі умови, як предмет лізингу, строк лізингу та розмір лізингових платежів є дійсно необхідними та відображають сутність цього виду договору, але у тій же самій нормі цього Закону – ч. 2 ст. 6 наявною є така умова, як інші умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди. Чи відображає така умова сутність договору фінансового лізингу? Звісно що ні, адже така умова може бути встановлена для будь-якого цивільно-правового договору. В окремих випадках законодавцем окреслюються як істотні умови для певних видів договорів такі умови, що можуть окреслюватися для будь-яких видів договору, відповідальність сторін, права та обов'язки сторін тощо або ж взагалі такі, що не є лише необхідними реквізитами договору – найменування договору, найменування сторін. У такому випадку неможливо вказувати на те, що такі умови є інституційними ознаками певного виду договору. Також надмірний перелік істотних умов, встановлений законодавцем для певних видів договору, підвищує рівень трансакційних витрат і за таких умов не може слугувати забезпеченню стабільності цивільного обігу.

Істотні умови договору мають обов'язково узгоджуватися сторонами, адже законодавець хоча і визначає імперативно коло питань, з яких сторони мають дійти згоди, але їх конкретизацію і змістовне наповнення залишає за сторонами. Договірним саморегулюванням забезпечується право контрагентів самостійно здійснити погодження істотних умов договору та обирати форму такого погодження у межах, визначених державою, що є проявом дії принципу свободи договору.

Статтею 638 ЦК України окреслено такі істотні умови цивільно-правового договору: 1) предмет договору; 2) умови, визначені законом як істотні; 3) умови, необхідні для договорів даного виду; 4) умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди.

Найбільш чітко визначеною та легкою для сприйняття істотною умовою є предмет договору, який є обов'язковим як для поіменованих, так і непоіменованих договорів, і є об'єктивним фактором, що дозволяє окреслювати правову природу досягнутих між сторонами домовленостей. Для останніх сталість відображення предмета договору може бути одним із критеріїв для подальшої фіксації такого непоіменованого договору у законі. Саме предмет договору відображає безпосередню правову мету договору і тому може виступати системоутворюючим

чинником при побудові системи договорів. Відсутність предмета в договорі призводить до неможливості визначення третіми особами про що ж конкретно домовилися сторони, а отже, і до неможливості визначити сутність правовідносин та надати належний захист з боку держави потерпілій стороні.

Друга група істотних умов законодавцем окреслена як «встановлені у законі», але практика вітчизняного правотворення свідчить про більш широке коло нормативно-правових актів, якими вони окреслені. Наприклад, істотні умови договору підряду на капітальне будівництво визначені як у ГК України (кодифікований закон), так і у Загальних умовах укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 1 серпня 2005 р. № 668 (підзаконний нормативно-правовий акт). Щоправда, тут необхідно врахувати приписи ч. 1 ст. 323 ГК України, згідно з якими договори підряду на капітальне будівництво укладаються і виконуються на загальних умовах укладання та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, затверджених Кабінетом Міністрів, відповідно до закону.

На перший погляд з-поміж нормативних актів лише закон може встановлювати істотні умови договору. Проте в окремих випадках не тільки закон може встановлювати істотні умови договору. Відповідно до ст. 7 ГК України регулювання господарської діяльності можливе нормативно-правовими актами Кабінету Міністрів України. Вони є більш оперативним засобом врегулювання суспільних відносин і можуть швидше реагувати на зміни в економічному житті. Отже, для господарського договору має бути збережена можливість встановлення істотних умов не тільки законами, але і підзаконними актами, прийнятими на рівні Кабінету Міністрів України.

Якщо для певного виду цивільно-правового договору перелік істотних умов буде визначено не у законі, а у постанові Кабінету Міністрів України, суб'єкти мають погоджувати такі умови у договорі, адже факт його укладення може бути поставлений під сумнів. Водночас необхідно враховувати, що підзаконний нормативно-правовий акт не повинен суперечити закону.

У вітчизняній практиці виникають ситуації, коли між нормативно-правовими актами різної юридичної сили виникає колізія: однакові питання регулюються по-різному. Складність цього питання полягає

і в тому, що в державі існує загальногалузевий принцип механізму правового регулювання, зокрема, презумпція правомірності правових актів. Регулююча дія правового акта (тобто застосування його при врегулюванні суспільних правовідносин) можлива лише за наявності у цього акта юридичної сили. Тому в основі кожної норми права лежить презумпція, відповідно до якої будь-який правовий акт (документ, дія), або будь-яка норма права має позитивний ефект, правильно відображає стан відносин, що регулюються, і дає їм правильну юридичну кваліфікацію та характеристику.

Безперечно, якщо існують розбіжності між законом і підзаконним актом, ніякої проблеми не існує: перевага має надаватися закону. Наприклад, ст. 876 ЦК України встановлює загальне правило про належність на праві власності замовнику об'єкту будівництва або інших будівельних робіт, але підзаконним нормативно-правовим актом визнавався власником такого об'єкта підрядник. «Чотири роки існувала суперечність різнорівневих нормативно-правових актів, що вкрай небажано у правовому регулюванні підрядних відносин»¹.

Постановою Кабінету Міністрів України від 17 червня 2009 р. №601 були внесені відповідні зміни до Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 1 серпня 2005 р. №668 і така неузгодженість була усунута.

Узгодженість між нормами права свідчить про гармонічність механізму правового регулювання і створює умови для їх правильного застосування. З іншого боку, органи правотворення не завжди діють узгоджено та встигають синхронно змінювати існуючі та приймати нові правові акти. З цією метою у механізмі правового регулювання і існують правові принципи (загальноправові та галузеві), які підлягають застосуванню задля усунення суперечностей у таких випадках. Нормативно-правові акти діють за принципом ієрархії, а тому неузгодженість між ними усувається застосуванням принципу – норми акта вищої юридичної сили усувають від застосування норми нижчої у випадку наявних суперечностей між ними. Складніше, коли в нормах різної юридичної сили немає явних суперечностей, а наявні лише певні неузгодженості, як, наприклад, щодо встановлення кола істотних

¹ Гриняк А. Нормативно-правові засади регулювання підрядних відносин. *Підприємництво, госп-во і право*. 2012. №5. С. 96.

умов для договору підряду на капітальне будівництво: ГК України та Загальні умови укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 1 серпня 2005 р. № 668 містять дещо різний перелік істотних умов договору підряду на капітальне будівництво. В такому разі необхідно включати до договору істотні умови, встановлені в обох нормативно-правових актах.

Складність встановлення кола істотних умов, визначених нормативно-правовими актами, обумовлена застосуванням різної юридичної техніки у законодавчих актах. Істотні умови договору визначаються прямою вказівкою безпосередньо у назві статті закону: «істотні умови договору» або ж у її тексті «істотними умовами є». Другий спосіб такої вказівки не містить, але зазначає наслідок невключення перелічених умов договору – визнання договору неукладеним за умови відсутності такої умови. Третій спосіб є комбінованим і полягає у поєднанні перших двох – прямого та побічного способу. Четвертий полягає у застосуванні лише вказівки «договір повинен передбачати» з наступним переліком таких умов та без застосування прямого та побічного способу визначення істотних умов.

У випадку, якщо закон прямо не називає певну умову істотною, однак вона міститься в законі, таку умову слід розглядати як необхідну для цього виду договору. Водночас не тільки закон, але і нормативно-правовий акт і не тільки прямо, але і побічно не визначає як істотну, однак вона міститься в законі, таку умову слід розглядати як необхідну для даного виду договору. Також визначення кола істотних умов третьої групи відбувається і на доктринальному рівні.

Значення четвертої групи істотних умов Е. В. Вакулович вбачає у тому, що «під час укладення договору самі сторони можуть визначити ту чи іншу його умову як істотну»¹. З його позицією можна погодитися лише частково, адже сторони можуть визначити як істотні умови тільки такі, що не належать до перших трьох видів істотних умов договору, окреслених у ст. 638 ЦК України. Отже, з практичних міркувань наявність такого виду істотної умови не є доцільною, адже для включення у договір необхідною є наявність волі обох контрагентів і якщо одна із сторін не захоче укласти договір без окресленої нею

¹ Вакулович Е. В. Особливості визначення істотних умов публічного договору. *Прав. позиція*. 2020. № 1(26). С. 90.

умови, яка має обов'язково бути включеною до договору, весь договір не буде укладено, а отже, і сенс окреслення у ст. 638 ЦК України такої умови, як істотної, втрачається. По суті, фактично мова йде про переддоговірний процес, у ході якого і відбувається погодження та встановлення відповідності воль кожної сторони. Відсутність узгодження волі сторін щодо певних умов, без яких, на думку однієї сторони, неможливо укласти договір, просто призведе до того, що договір не буде укладено, правовідносини із нього не виникнуть.

Сторони мають змогу самостійно визначати конкретне наповнення окреслених законодавцем істотних умов цього акту саморегулювання. Також вони не позбавлені права самостійно окреслювати неістотні умови договору, що також є реалізацією на практиці принципу свободи договору.

Особливістю такого акту саморегулювання, як договір, є те, що з моменту оформлення у належній формі досягнутої між сторонами домовленості щодо істотних умов договору взаємовідносини сторін регулюються не тільки безпосередньо умовами, окресленими у тексті цього правового документа, але і чинними правовими нормами, які містять відповідну регламентацію. Такі умови включати безпосередньо до тексту договору недоцільно. Цілком справедливо наголошується В. М. Коссаком на необов'язковості занесення всіх умов щодо взаємовідносин сторін до тексту договору, можливість посилання на інші документи й акти¹.

Необхідно наголосити на тому, що текст договору може не містити взагалі будь-яких посилань на нормативно-правові акти, оскільки до змісту договору будуть входити імперативні та залишені сторонами без змін диспозитивні положення, навіть без спеціальної вказівки на це безпосередньо у тексті договору. Підставу для такого твердження дає ст. 628 ЦК України, згідно з якою зміст договору становлять умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства. У господарський договір такі умови входять відповідно до положень ч. 1 ст. 180 ГК України.

Цивільно-правовий договір як документ має певну структуру. Є. О. Мічурін визначив такі складові елементи договору, що визнача-

¹ Коссак В. М. Правове регулювання строків у будівництві. Київ : Будівельник, 1991. С. 115.

ють його структуру як юридичний документ: 1) назва (договір, контракт тощо); 2) дата і місце (населений пункт) укладення договору; 3) найменування сторін у договорі; 4) текст договору, який складається з пунктів та підпунктів, що мають відповідну нумерацію; 5) підписи та печатки сторін; 6) посвідчувальний напис, печатка нотаріуса (якщо договір нотаріально посвідчується)¹.

Можна підтримати запропоновану ним структуру. Слід визначити структуру договору як акта саморегулювання більш повно: 1. Реквізити договору: 1.1. Назва договору (хоча можливим є варіант без застосування назви договору). 1.2. Дата і місце (населений пункт) укладення договору. 1.3. Найменування сторін у договорі, з зазначенням осіб, які діють від їх імені, та підстави повноважень, наявність ліцензій (за необхідності). Для фізичних осіб – підприємців прізвище ім'я та по батькові, вказівка на статус підприємця та відповідні документи на підтвердження цього.

2. Безпосередньо зміст договору, який складається з: 2.1. Пунктів договору, які містять роз'яснення термінів, що використовуються у тексті договору (за необхідності). 2.2. Пунктів договору, якими визначаються договірні умови (істотні та неістотні). 2.3. Пунктів договору, які містять права та обов'язки сторін договору.

3. Реквізити договору: 3.1. Статус платника податків. 3.2. Банківські рахунки. 3.3. Юридичні адреси та адреси фактичного знаходження сторін. 3.4. Засоби зв'язку. 3.5. Електронна пошта кожної із сторін.

4. Підписи сторін та їх печатки (за наявності).

5. Посвідчувальний напис, печатка нотаріуса (якщо договір нотаріально посвідчується).

6. Додатки до договору, що є його невід'ємними частинами, що містять умови договору: специфікації, видаткові накладні, кошторис тощо.

Більш складною є ситуація для визначення структури договору, укладеного шляхом обміну листами, телеграмами. Істотні умови в такому випадку можуть міститися у декількох документах, складених кожною стороною договору самостійно. При цьому всі листи є частинами одного договору, який і виникає внаслідок такого оформлення. Динаміка укладення договору може бути різною: обмін листами, де перший лист буде офертою, а другий – акцептом. Можлива і більш

¹ Мічурін Є. О. Техніка складання договорів. Харків : Юрsvіт, 2006. С. 94–187.

складна ситуація, коли у відповідь на пропозицію укласти договір контрагент, погоджуючись на це, визначить і низку умов у власній, відмінній від запропонованої йому редакції, внаслідок чого виникне зустрічна оферта. У такому разі можлива згода у повному обсязі, а можлива лише часткова. В останньому випадку процес узгодження волі сторін буде продовжено. Договір виникне тільки після досягнення повного консенсусу між сторонами і обмін листами буде припинено. Встановити справжню волю сторін можна буде за допомогою всіх листів. Але і за таких обставин структура зовнішнього оформлення договору як єдиного документа має бути побудована у комплексному поєднанні всіх складових частин договору-документа і передбачати у всіх його окремих частинах:

а) найменування акту саморегулювання, назву сторін та дані про їх представників, підставу їх повноважень на укладення договору, час і місце його підписання;

б) змістову частину, у якій викладається безпосередньо зміст договірних умов;

в) заключну частину, яка містить підписи та печатки сторін (за наявності).

Укладення договору шляхом мовчання або конклюдентними діями є складним, незважаючи на простоту необхідних дій. Д. І. Мейер виокремлював безпосереднє (усне або письмове) та посереднє (конклюдентні дії) волевиявлення¹. О. О. Красавчиков волевиявлення запропонував поділяти на позитивне та негативне. Під позитивним вираженням волі він розумів конклюдентні дії та за допомогою мови, а під негативним – мовчання². О. С. Іоффе розрізняв три види волевиявлення:

1) пряме волевиявлення, шляхом усної або письмової передачі її змісту;

2) побічне волевиявлення (конклюдентні дії);

3) волевиявлення шляхом мовчання³.

Усний та письмовий способи волевиявлення є формою договору, а конклюдентні дії та мовчання як способи волевиявлення, адже саме такий підхід відображено у цивільному законодавстві.

¹ Мейер Д. И. Русское гражданское право. URL: <http://civil.consultant.ru/elib/books/45/> (дата звернення: 20.08.2020).

² Красавчиков О. О. Юридичні факти в радянському цивільному праві. Москва : Госюриздат, 1958. С. 100–101.

³ Иоффе О. С. Советское гражданское право : курс лекций. Ленинград : Ленингр. ун-т, 1958. С. 132.

При опосередкованому волевиявленні воля сторін прямо не встановлюється, але за допомогою конклюдентних дій засвідчує їхню волю до настання правових наслідків (наприклад, особа опустила жетон в турнікет для проїзду в метро, здала багаж до камери схову).

Воля на укладення договору може виражатися у мовчанні, яке саме по собі не має правового значення, оскільки не є виявом волі, однак закон або договір в окремих випадках можуть надати йому такого значення. Зміст волевиявлення шляхом мовчання може бути різним. У деяких ситуаціях законодавець розглядає мовчання як згоду. Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 822 ЦК України, якщо наймодавець не попередив наймача, а наймач не звільнив помешкання, договір вважається укладеним на таких самих умовах і на такий самий строк. У деяких випадках мовчання може розглядатись, навпаки, як відмова від укладення правочину: відповідно до ч. 2 ст. 644 ЦК України, якщо пропозиція укласти договір зроблена усно і в ній не вказаний строк для відповіді, договір вважається укладеним, коли особа, якій була зроблена пропозиція, негайно заявила про її прийняття. Тобто мовчання особи в такому випадку розглядається як відмова від прийняття оферти.

Мовчання як знак згоди на перший погляд можна віднести до конклюдентних дій, оскільки для укладання правочину в обох випадках воля сторін не встановлюється, але їх дії свідчать про настання юридичних наслідків. Власне, сам термін «конклюдентні дії» дає можливість говорити про спільність цих понять – від лат. «*facta concludenta*» означає «різні дії або волевиявлення, що здійснюються мовчки, на підставі яких можна судити про дійсну волю особи, навіть якщо вона не виражена словами». Проте конклюдентні дії не можна прирівняти до мовчання, оскільки укладення правочину за допомогою конклюдентних дій супроводжується активною поведінкою особи, в той час коли мовчання є бездіяльністю. Ще однією відмінністю є те, що конклюдентні дії однозначно встановлюють волю сторони, а виявлення волі шляхом мовчання допускається лише за наявності угоди про це або правового припису.

Волевиявлення шляхом мовчання або за допомогою конклюдентних дій має в будь-якому випадку підтверджувати погодження всіх істотних умов договору.

Цивільно-правовий договір як акт саморегулювання є гнучким та динамічним явищем, що здатне забезпечити впорядкування відносин

сторін навіть в умовах певної законодавчої невизначеності. Конкретизація загальної моделі, визначеної у законодавстві для окремих видів договору, відбувається тільки внаслідок укладення цього акту саморегулювання. Незважаючи на широке застосування в сучасній договірній практиці принципу свободи договору, необхідним, проте, є дотримання вимог законодавця щодо форми, змісту та порядку укладення договору.

1.2. Ризики в договірних зобов'язаннях¹

Сьогодні людство живе в суспільстві ризиків, де ризик стає «способом життя». Як слушно зазначає М. Веймер, ризик тепер сприймається як соціальне явище, виконуючи роль багатства в класових суспільствах: якщо в класовому суспільстві переважали дефіцит і розподіл багатства, то у суспільстві ризиків переважає занепокоєння щодо безпеки та розподілу ризиків². Відповідно перед суспільством стоїть завдання напрацювання найефективніших підходів до мінімізації ризиків з метою уникнення конфліктів між його членами.

Варто зазначити, що намагання «прорахувати» ризики, визначити ймовірність їх реалізації, передбачити наслідки та вплинути на них робилися в різні епохи із застосуванням різних методів. І це породило велику кількість теорій ризику, які так чи інакше намагаються пояснити сутність ризику та способи впливу на нього³. Втім сьогодення вимагає переосмислення вже напрацьованої методології та використання нових підходів в управлінні ризиками.

Спочатку Д. І. Мейер позаминого століття, а потім Я. М. Магзінер у ХХ ст. вказували, що кожне зобов'язання супроводжується ризиком⁴ і ризик настільки глибоко проникає в зобов'язання, що часто

¹ Цей підрозділ є доповненою та переробленою частиною монографії М. М. Великанової (див.: Великанова М. М. Ризики в цивільному праві : монографія. Київ : Алерта, 2019. С. 276–304).

² Weimer M. The Origins of «Risk» as an Idea and the Future of Risk Regulation. *European Journal of Risk Regulation*. 2017. Vol. 8. Issue 1. P. 10–11.

³ Детальніше щодо розвитку вчень про ризик та теорії ризику див.: Великанова М. М. Ризики в цивільному праві : монографія. Київ : Алерта, 2019. С. 7–44.

⁴ Мейер Д. И. Русское гражданское право. Москва, 1873. С. 376.

стає його змістом. При цьому право є гарантією від ризиків, що виникають при здійсненні інтересів, а договір є взаємною гарантією від ризиків, що можуть виникнути в процесі виконання зобов'язання, взаємним страхуванням від багатьох ризиків і розподілом таких ризиків між сторонами, які його укладають¹.

Тому логічно, що одним із засобів мінімізації ризиків став договір, який має юридичну силу та за своєю суттю є волевиявленням сторін щодо несення ризиків. При цьому налагоджена система управління договірними ризиками – найпотужніший інструмент для мінімізації цих ризиків². Варто зазначити, що така позиція підтримується і сучасними як зарубіжними, так і вітчизняними вченими. Зокрема, Р. Крейтнер розуміє договір як проекцію обміну на майбутнє, а оскільки майбутнє завжди невизначене, то договір виконує роль механізму розподілу ризиків³. К. А. Возняковська наголошує, що право не здатне повністю усунути можливі ризики, які виникають під час ведення підприємницької діяльності, але можливим є розподіл цих ризиків між учасниками – сторонами договірних зобов'язань⁴. С. Шавелл однією з причин укладення договорів називає взаємовигідний перерозподіл або розподіл ризиків⁵.

Д. А. Архипов, досліджуючи розподіл договірних ризиків у цивільному праві, наводить визначення поняття «договірний ризик», під яким розуміє засновану на договорі ймовірність виникнення в однієї із сторін збитків та (або) інших негативних майнових наслідків, що не можуть бути попереджені при виявленні того ступеня турботливості й обачності, який вимагається від обох сторін характером договору та умовами обороту. На підставі цього визначення автор робить висновок,

¹ Магазинер Я. М. Советское хозяйственное право. Ленинград : Издание кассы взаимопомощи студентов Ленингр. ин-та нар. хозяйства им. Фр. Энгельса, 1928. С. 166, 289–295.

² Newstead Ryan. Top 4 contracts risks and how to avoid them. URL: <https://www.openwindows.com.au/resources/top-4-contracts-risks-avoid/> (дата звернення: 29.05.2018).

³ Цит. за: Мельник О. Поняття і значення розподілу ризиків у цивільному праві. *Юрид. вісн.* 2015. №2. С. 269.

⁴ Возняковська К. А. Ризик у господарському договірному праві. *Право та держ. управління.* 2015. №2(19). С. 78.

⁵ Shavell Steven. Economic Analysis of Contract Law. National Bureau of Economic Research. Massachusetts Avenue Cambridge. May 2003. URL: <http://www.nber.org/papers/w9696> (дата звернення: 19.11.2018).

що договірному ризику притаманні такі ознаки: 1) покладання несприятливих наслідків на конкретну особу здійснюється на підставі договору (ознака зв'язку з договором); 2) щодо несприятливих наслідків невідомо, настануть вони чи ні (ймовірнісна ознака); 3) несприятливі наслідки мають майновий характер (майнова ознака); 4) настання несприятливих наслідків не могло бути попереджено при прояві тієї міри турботливості й обачності, яка вимагається від обох сторін за характером договору та умовами обороту (ознака відсутності провини)¹.

Схожою є позиція щодо ознак договірного ризику Д. А. Горячкиної, яка вказує на такі суттєві характеристики ризику в договірному зобов'язанні: 1) негативні наслідки мають майновий характер; 2) виникнення несприятливих майнових наслідків є можливим (невідомо, чи вони настануть); 3) в основі розподілу ризику лежить закон або договір².

Певним чином солідарна з попередніми авторами й О. Андреева, яка зазначає, що договірний ризик означає обтяження сторони господарсько невігідними наслідками при зміні обставин. Якщо ризик припадає на одну із сторін, то вона має виконати умови договору, навіть якщо це для неї збитково³.

Ф. О. Вячеславов висловлює досить цікаву думку щодо функцій договору стосовно ризику. Так, автор вважає, що сфера розподілу ризиків як вольової самостійної цілеспрямованої діяльності суб'єктів – учасників цивільного обороту в цивільному праві обмежена договірними зобов'язальними правовідносинами, що дає йому підстави характеризувати розподіл ризиків як функцію договору в приватному праві⁴. Втім така позиція вченого базується на розмежуванні мовних категорій «розподіл» та «покладення» і наданні їм самостійного правового значення. Проте таке розмежування має суто лексичне значення. Звідси можна підтримати автора стосовно тези, що договір виконує

¹ Архипов Д. А. Распределение договорных рисков в гражданском праве. Экономика-правовое исследование. Москва : Статут, 2012. С. 32.

² Горячкина Д. А. К вопросу о категории «риск» в теории гражданского права. *Вестник Перм. ун-та. Юрид. науки.* 2011. Вып. 3(13). С. 90–99.

³ Андреева О. Особливості прояву ризику у договірному праві. *Вісн. Київ. нац. ун-ту ім. Тараса Шевченка. Юрид. науки.* 2013. №95. С. 99.

⁴ Вячеславов Ф. А. Распределение рисков в договорных обязательствах : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2008. С. 14.

функцію розподілу ризиків, хоча погодитись із тим, що сфера розподілу ризиків у цивільному праві обмежена тільки договірними зобов'язальними правовідносинами, навряд чи можна.

Виконання договором функції розподілу ризиків є класичним розумінням договору в англо-американському праві, де така його функція забезпечує добровільний розподіл ризиків у саморегульованому суспільстві¹. Більше того, англійське договірне право явно базується на ліберальному ідеалі автономії особистості. Визнання сторонами власних інтересів та їх наслідків підтримується правовою системою, навіть якщо це суперечить принципам справедливості чи добросовісності. Загальне договірне право ґрунтується на принципах визначеності та передбачуваності. Вважається, що сторони зможуть оцінити ризики, пов'язані з договором, і забезпечити належне регулювання відносин та розподіл ризику. Тобто договір є достатнім для регулювання відносин між сторонами. Такі поняття, як добросовісність та справедливість, не є необхідними для застосування регулювання, узгодженого між сторонами; вони навіть уважаються небажаними, оскільки вносять елемент невизначеності, що є неприйнятним у бізнесі та комерції. До прикладу, якщо сторони досить чітко визначили в договорі правові наслідки невиконання зобов'язань і якщо це не порушує обов'язкових законів, то такі наслідки будуть застосовані, навіть якщо це може бути несправедливим².

Утім останнім часом така позиція досить активно критикується як правознавцями, так і економістами. Зокрема, зазначається, що коли передбачені договором правові наслідки невиконання зобов'язань перевищують фактичні збитки, то вони, безумовно, є неефективними, оскільки змушують зобов'язану сторону виконувати умови договору навіть тоді, коли вартість виконання перевищує чисті вигоди для всіх учасників. А це слугує лише для збільшення очікуваного надлишку в управленої сторони, що не збільшує загального очікуваного надлишку і не сприяє загальному добробуту³.

¹ Fleming John G. *The Law of Torts*. 9-th ed. Sydney : LBC Information Services, 1998. P. 5–7.

² Giuditta Cordero Moss. *International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-state Law to Be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards Such as Good Faith*. *Global Jurist*. 2007. Vol. 7. Iss. 1 (Advances). Art. 3. URL: http://folk.uio.no/giudittm/Non-state%20Law_Good%20Faith.pdf (дата звернення: 29.03.2018).

³ Hatzis Aristides N. *Civil Contract Law and Economic Reasoning An Unlikely Pair?* URL: <http://www3.unisi.it/sisle/Hatzis.pdf> (дата звернення: 11.12.2018).

Крім того, що це є неефективним, вказане правило ще й не узгоджується зі ст. III. – 1:110 Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference, відповідно до якої, якщо виконання договірного зобов'язання або зобов'язання, що впливає з одностороннього юридичного акта, стає настільки обтяжливим у зв'язку з випадковою зміною обставин, що було б явно несправедливим притягнути боржника до зобов'язання, суд може змінити зобов'язання з метою зробити його розумним та справедливим у нових обставинах або припинити зобов'язання на дату та на умовах, визначених судом за умови, якщо: (а) зміна обставин відбулася після виникнення зобов'язання, (b) боржник на момент виникнення зобов'язання не врахував і не можна обґрунтовано очікувати, що він врахував можливість чи масштаб цієї зміни обставин; (с) боржник не взяв на себе та не може обґрунтовано вважатися таким, що передбачав ризик цієї зміни обставин; і (d) боржник намагався розумно та добросовісно досягти за допомогою переговорів розумного та справедливого коригування умов, що регулюють зобов'язання¹.

З іншого боку, надання можливості сторонам через суд завжди обмежувати обсяг своїх зобов'язань у разі невиконання чи неналежного виконання договору реальною шкодою та упущеною вигодою також суперечить ефективності. І хоча такий підхід дозволяє позбутися каральності, втім він не повною мірою реалізує й компенсаційну функцію. З огляду на те, що договір за своєю суттю є домовленістю сторін про розподіл ризиків, то сторони, намагаючись досягти повної компенсації ризиків, вмотивовані до такого розподілу ризику майбутніх змін обставин (компенсаційні ризики), який хоча і є недостатнім або понадкомпенсаційним, але відображає суб'єктивну оцінку предмета договору і може включати так звану «страхову премію» за ризик. Відповідно, укладання таких договорів сприяє, по-перше, надійності договірних зв'язків; по-друге, усуває невизначеність та полегшує управління ри-

¹ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Articles and Comments [Interim Edition, to be completed]. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group). Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law. URL: https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law__Draft_Common_Frame_of_Reference__DCFR_.pdf (дата звернення: 04.11.2019).

зиками; по-третє, заохочує сторони до належного виконання договору, а у випадках, коли витрати на належне виконання договору перевищують розмір відшкодування за невиконання чи неналежне виконання договору, дозволяє такій стороні відмовитись від виконання договору, сплативши визначену компенсацію; по-четверте, позбавляє або значно знижує витрати сторін на різноманітні процедури врегулювання спорів; по-п'яте, перешкоджає недобросовісній поведінці сторін; по-шосте, виконує певним чином «репутаційну» функцію, сигналізуючи майбутнім контрагентам за договором про надійність відповідної сторони (особливо якщо ця сторона ще не набула позитивної репутації у певному колі).

З огляду на зазначене для досягнення максимальної ефективності та виконання договором економічної ролі інструмента розподілу ризиків видається доцільним закріпити положення, що при розподілі ризику домінуючою є воля сторін, виражена в договорі. У разі якщо розмір відшкодування, передбачений договором, є надмірним, то його зменшення до розумного розміру можливе у судовому порядку за ініціативою сторони, яка має здійснити таке відшкодування. Суд за власною ініціативою зменшити розмір відшкодування не може. Таке правило базується на позиціях економічної ефективності (як і в доктрині загального права), втім не нівелює справедливність. До того ж така норма відповідає й положенням ст. 9:509 Принципів Європейського договірного права, яка визначає, що погоджений платіж у випадку невиконання зобов'язання має бути зазвичай отриманий потерпілою стороною незалежно від фактично понесених збитків, але може бути зменшений до розумного розміру, якщо такий платіж надмірно перевищує збитки, понесені у результаті невиконання зобов'язання або у зв'язку з іншими обставинами. А відповідно до ст. 8:109 Принципів Європейського договірного права застосування засобів захисту порушених прав у разі невиконання може бути виключене або обмежене, якщо таке виключення чи обмеження не суперечить принципам сумлінності та чесній діловій практиці¹.

У ЦК України така позиція знайшла своє відображення. Зокрема, у ст. 22 закріплюються загальні правила відшкодування збитків та

¹ Принципи Європейського договірного права. Коментарі та рекомендації / [пер. з англ. ТОВ «Асоціація експортерів і імпортерів “ЗЕД”»]. Київ : Асоціація «ЗЕД», 2013. 304 с. URL: [https://zed.ua/images/ files/PECL_short.pdf](https://zed.ua/images/files/PECL_short.pdf) (дата звернення: 04.11.2019).

інших способів відшкодування майнової шкоди, а у ч. 3 зафіксовано, що збитки відшкодовуються у повному обсязі, якщо договором або законом не передбачено відшкодування у меншому або більшому розмірі. Узагальнене визначення збитків наведене у ч. 2 ст. 22. Стаття 623 ЦК України встановлює порядок визначення збитків, завданих порушенням зобов'язання. Зокрема, в ч. 3 зазначається, що збитки визначаються з урахуванням ринкових цін, якщо інше не встановлено договором або законом. Утім порушення зобов'язання може спричинити не тільки майнову, а й немайнову шкоду (нематеріальні збитки). Звичайно, у такому разі можна вести мову про право на відшкодування моральної шкоди, закріплене ст. 23 ЦК України, але у ч. 3 цієї статті передбачено, що розмір грошового відшкодування моральної шкоди визначається судом з урахуванням вимог розумності і справедливості. Тобто для суду при визначенні розміру грошового відшкодування моральної шкоди не буде пріоритетною воля сторін договору.

Крім того, для сторін особливе значення можуть мати й інші погоджені ними умови, наприклад, «страхова премія» за ризик, яка може бути різною (більшою чи меншою) залежно від того, наскільки «ризиковими» є зобов'язання чи репутація (або її відсутність) сторони. На перший погляд, такі заходи відповідальності можуть здаватися надмірними, хоча за своєю суттю вони є економічно ефективними й розумними.

Тому в цивільному законодавстві України варто закріпити ці положення, внівши зміни до ст. 623 ЦК України та виклавши її у такій редакції:

«Стаття 623. Відшкодування збитків та моральної (немайнової) шкоди, завданих порушенням зобов'язання

1. Боржник, який порушив зобов'язання, має відшкодувати кредиторів завдані збитки та моральну (немайнову) шкоду.

Якщо розмір збитків, моральної (немайнової) шкоди, інших заходів відповідальності визначено в договорі, такий розмір підлягає відшкодуванню незалежно від фактичних втрат. У разі якщо розмір збитків, моральної (немайнової) шкоди, інших заходів відповідальності надмірно перевищує фактичні втрати, суд може задовольнити вимогу про зменшення розміру збитків, моральної (немайнової) шкоди, інших заходів відповідальності до розумної суми, яка має бути більшою, ніж фактичні втрати.

2. Розмір збитків та моральної (немайнової) шкоди, інших заходів відповідальності, завданих порушенням зобов'язання, доказується кредитором.

3. Збитки можуть визначатися з урахуванням ринкових цін, що існували на день добровільного задоволення боржником вимоги кредитора у місці, де зобов'язання має бути виконане, а якщо вимога кредитора не була задоволена добровільно, – у день пред'явлення позову, якщо інше не встановлене договором або законом. Суд може задовольнити вимогу про відшкодування збитків, беручи до уваги ринкові ціни, що існували на день ухвалення рішення.

4. При визначенні неодержаних доходів (упущеної вигоди) враховуються заходи, вжиті кредитором щодо їх одержання.»

Така редакція цієї статті поєднає економічну ефективність та справедливність, оскільки, з одного боку, залишає за сторонами можливість самостійно розподілити ризики в договорі, що сприятиме ефективному використанню обмежених ресурсів та досягненню загального добробуту. З іншого боку, зазначені правила перешкоджатимуть свавілля економічно сильнішої сторони через можливість судового втручання у випадках значної невідповідності між фактичними втратами та розміром відшкодування, встановленого договором, коли суд, як правило, встановлюватиме розмір відшкодування десь посередині між розміром фактичних втрат та розміром, встановленим договором.

Досить поширеною в науці є точка зору, що вести мову про функцію розподілу ризиків договором доцільно у випадку ймовірності погіршення майнового стану сторін договору, а не у зв'язку з можливістю отримання ними прибутків¹. В. О. Голевинський, виділяючи еквівалентно-оплатну рису цивільно-правових відносин, зазначав, що праву

¹ Лубягина Д. В. Риск на рынке ценных бумаг (частноправовые аспекты) : монография. Москва : Проспект, 2017. 240 с. Електрон. версія. URL: books.google.com.ua/books?id=tKdCDwAAQBAJ&pg=PT249&lpg=PT249&dq=Лубягина+Д.+В.+Риск+в+гр+жданском+праве.+Монография.+М.,+2016&source=bl&ots=cbsOfK_Xg-&sig=Q4VnnpddZ1OKbcCCLG2Ai-SWg&hl=uk&sa=X&ved=0ahUKEwiJmfJxtnYAhWKKiwKHQDeBRUQ6AEIjzAA#v=onepage&q=%D0%9B%D1%83%D0%B1%D1%8F%D0%B3%D0%B8%D0%BD%D0%B0%20%D0%94.%D0%92.%20%D0%A0%D0%B8%D1%81%D0%BA%20%D0%B2%20%D0%B3%D1%80%D0%B0%D0%B6%D0%B4%D0%B0%D0%BD%D1%81%D0%BA%D0%BE%D0%BC%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B5.%20%D0%9C%D0%BE%D0%BD%D0%BE%D0%B3%D1%80%D0%B0%D1%84%D0%B8%D1%8F.%20%D0%9C.%2C%202016&f=false (дата звернення: 15.01.2018).

байдуже, створює правочин прибуток для осіб – його учасників чи ні¹. Це пояснюється тим, що формування прибутку залежить від багатьох суб'єктивних факторів, а прибутковість правочину в більшості випадків не може сприйматись третіми особами, у тому числі контрагентом за правочином. Припущення сторони про отримання прибутку в результаті вчинення правочину є її внутрішнім психологічним стимулом, мотивом, що викликає прояв волі, і в цьому значенні не може бути врегульоване правом в позитивному сенсі. Тож ризик у цивільному праві не може охоплювати групу явищ, пов'язану з ймовірністю неотримання особою прибутку від правочину або того, на що вона розраховувала, вступаючи у правовідносини². З цього приводу О. Андреева зазначає, що в ЦК України відсутня згадка про прибутковість того чи іншого договору. Діючи в умовах ризику, учасники договірних відносин отримують еквівалентну вигоду, чим і задовольняють у повному обсязі свої інтереси. Тому і спорів між ними не виникає, а все отримане за договором розподіляється між сторонами відповідно до його умов. Авторка робить висновок, що цивільне право перш за все покликане забезпечити стабільність цивільно-правового обороту, і не пов'язує факт отримання (неотримання) прибутку за договором з настанням певних правових наслідків. Отже, ризик у цивільно-правовій сфері не пов'язується із наявністю (відсутністю) прибутку в конкретній стороні за договором³.

Разом з тим відповідно до позицій економічного аналізу договірних відносин, сторони, укладаючи договір, мають на меті досягнення взаємного добробуту, що виявляється через економічну ефективність – очікувану корисність для кожної зі сторін, яка сприяє максимізації соціального добробуту. З іншого боку, якщо метою договірного права є максимізація соціального добробуту, то чи можна розглядати договірне право як систему стимулів для раціональних суб'єктів договірних відносин? І що є раціональною поведінкою – дотримання загальнообов'язкових правил поведінки через побоювання застосу-

¹ Голевинский В. О. О происхождении и делении обязательств. Варшава : Тип. Осипа Бергера, 1872. С. 117.

² Шуплецова Е. В. «Риск» в экономической теории и гражданском праве. *Вестник Челябин. гос. ун-та*. 2009. №2 (140). Экономика. Вып. 18. С. 44.

³ Андреева О. Особливості прояву ризику у договірному праві. *Вісн. Київ. нац. ун-ту ім. Тараса Шевченка. Юрид. науки*. 2013. №95. С. 98.

вання юридичних санкцій, дотримання загальнообов'язкових правил поведінки через законослухняність чи задоволення власного інтересу та досягнення особистої корисності?

Арістідес Н. Хатціс зазначає, що в договорі два раціональні суб'єкти обіцяють обмежити свої майбутні дії з метою отримання від теперішніх або майбутніх дій іншої сторони вигоди, які будуть більшими, ніж витрати на обмеження їхніх дій. Презумпція полягає в тому, що договірні сторони є раціональними, оскільки вони завжди розробляють найбільш ефективний спосіб задоволення своїх інтересів. У договорі має місце початкове припущення, що сторони можуть ефективно регулювати договірні відносини, в які вони вступили, і що вони можуть вирішити всі потенційні проблеми, котрі виникають у зв'язку з розвитком цих відносин. Таким чином, роль договірного права, на думку автора, полягає насамперед у забезпеченні виконання обіцянок суб'єктів, оскільки ці обіцянки за замовчуванням (спочатку) підвищують добробут, відповідно, метою договірного права у цьому випадку є заохочення та сприяння максимізації добробуту членів суспільства через виконання волі договірних сторін, що виражається в домовленостях, визнаних як договори. Втім, як зазначає сам учений, така ситуація є ідеальною та утопічною. Разом з тим в умовах розвиненої ринкової економіки та досконалої конкуренції переважна більшість договорів виконується без значних проблем. У цьому випадку будь-яке втручання держави в регулювання договірних відносин буде неефективним і зайвим. Коли ж договір є «недосконалим», тобто таким, що не сприяє максимізації добробуту членів суспільства, доцільним є застосування державного регулювання через встановлення правил укладання та виконання договорів. Не остання роль відводиться і суду, який має «імітувати досконалий ринок» шляхом реструктуризації «недосконалих» договорів¹.

Таким чином, вступаючи у договірні відносини, сторони покладають на договір певні «очікування», добровільно зв'язуючи себе зобов'язаннями. Звичайно, що ці «очікування» можуть виражатися в отриманні певного прибутку. Невиконання (неналежне виконання) сторонами (чи однією зі сторін) умов договору матиме наслідком,

¹ Hatzis Aristides N. Civil Contract Law and Economic Reasoning An Unlikely Pair? URL: <http://www3.unisi.it/sisle/Hatzis.pdf> (дата звернення: 11.12.2018).

як мінімум, неотримання очікуваного прибутку. Але вирішальне значення з точки зору еквівалентності дій сторін у договірних відносинах все ж буде мати відсутність збитків. Тобто вигода сторін договору має бути більшою, ніж витрати на виконання зобов'язань. У такому разі можна говорити про виконання договором функції розподілу ризику.

Разом із тим, будучи засобом розподілу ризику, договір одночасно може бути і джерелом ризиків. У договірних відносинах завжди має місце певна невизначеність. Такі відносини ґрунтуються на ризику та випадковості, і жодна сторона не може повністю контролювати ці ризики. Також неможливо цілком інтегрувати ці ризики в договір або ліквідувати їх¹. Договір має певний життєвий цикл – від ініціювання укладення до виконання. На кожному етапі є одна або більше зацікавлених сторін, які переглядають, затверджують або виконують умови договору. Втім досить часто поза увагою може залишитися певний ризик, притаманний кожному етапу циклу. Це зумовлено тим, що ризики складно ідентифікувати і ще складніше кількісно оцінювати, а найтяжче – усувати. У зв'язку з цим виокремлюють чотири джерела договірного ризику: ризик укладення договору, ризик на рівні умов договору, ризик виконання договору та фінансовий ризик².

На етапі виникнення договірних відносин ризик може бути зумовлений проблемами стимулювання сторін до укладення договору та інформаційною асиметрією.

Проблеми стимулювання сторін до укладення договору полягають у такому. Для укладення договору у сторін має бути «правильний стимул», адже більшість договорів є зобов'язанням вчинити певну дію у майбутньому. При цьому одна сторона ніби «делегує» іншій стороні завдання цю дію вчинити. Відповідно, для того щоб дія була вчинена, друга сторона має отримати «правильний стимул» – винагороду за те, що вона зробить. Проблема може полягати в тому, що запропонована винагорода може відрізнятись від бажаної через різне бачення сторонами «змісту» такої винагороди або покладення на сторону повної вартості дії чи її наслідків тощо. Звідси виникає ризик або неукладен-

¹ Mühlbacher Axel C., Amelung Volker E., Juhnke Christin. Contract Design: Risk Management and Evaluation. URL: <https://www.ijic.org/articles/10.5334/ijic.3616/> (дата звернення: 29.04.2018).

² Yoon Hie Jung. 4 Common Sources of Contract Risk and How to Eliminate Them. URL: <https://www.business2community.com/sales-management/4-common-sources-contract-risk-eliminate-01278811> (дата звернення: 29.05.2018).

ня такого договору, або якщо договір і укладається, то в ньому вже закладений ризик його невиконання чи неналежного виконання.

Інформаційна асиметрія є тоді, коли певні фактори, що стосуються договору, або залишаються поза увагою сторін чи однієї з них (не передбачаються у договорі), або не перевіряються сторонами чи однією із них. Інформаційна асиметрія також може виникати як під час укладення договору, так і під час його виконання. На думку С. Бег, така асиметрія може бути зумовлена недосконалим моніторингом, у тому числі й щодо стимулів протилежної сторони до вступу в договірні відносини, що може обернутися невиконанням чи неналежним виконанням договору через зміну поведінки сторони або неспроможністю сторони осмислити всю відповідну інформацію чи недоступністю тієї чи іншої інформації через її спеціальний режим (державна таємниця, комерційна таємниця, конфіденційна інформація тощо)¹.

На рівні умов договору можна говорити про два види ризику: алеаторний (коли ризик є юридичним елементом, умовою договору, без якої, власне, такий договір не може існувати) і неалеаторний (ризик є наслідком вже існуючих договірних відносин). Таким чином, договори за ознакою особливостей змісту зустрічного надання можна поділити на дві групи: 1) мінові, або комутативні договори (їх ще називають неалеаторними), – спрямовані на вчинення надання, яке чітко визначене самою підставою; 2) алеаторні договори – зобов'язання з нечітко визначеним зустрічним наданням на момент виникнення зобов'язання.

Система ризикових договорів зумовлена їх підставами, предметом, суб'єктним складом. Ризиковий характер договорів викликаний наявністю у них аномальних умов досягнення юридичної мети або підстави ризикового зобов'язання у вигляді обумовленої дією випадку невизначеності на момент виникнення зобов'язання загального розміру або існування зустрічного майнового надання. Ризикові зобов'язання мають тривалий регулярний і особливо ризиковий характер, зумовлений ознакою алеаторності. Термін «алеаторний» походить від латинського «alea», що означає гральна кістка, азартна гра, ризик, випадковість, небезпека, сміливе прагнення. Тому в цивілістичній науці алеаторни-

¹ Bag Sugata. Contract law an economic analysis of incomplete contracts and the legal remedies for breach of contract under some specific contracts. Jawaharlal Nehru University. 2009. 193 p. URL: <http://hdl.handle.net/10603/18706> (дата звернення: 17.01.2019).

ми називають договори, які, будучи оплатними, конструюються так, що обсяг зустрічного задоволення, який припадає від однієї сторони, залишається невідомим, доки не настане обставина, покликана його остаточно визначити¹.

Хоча в спеціальних дослідженнях і домінує точка зору про оплатний характер алеаторних договорів, проте висловлюється і протилежна думка. Зокрема, таджицька вчена Т. І. Султанова зазначає, що не всі алеаторні договори мають оплатний характер. Як приклад вона наводить договір парі, вказуючи, що його учасники розуміють, що в кінцевому підсумку виграш отримає тільки один з них, при цьому учасник, який його надав, не розраховує на обмін наданням. Тобто майновому наданню одного учасника парі не відповідає зустрічне майнове надання його контрагента. Встановлення оплатного чи безоплатного характеру алеаторного договору залежить від з'ясування спрямованості намірів сторін отримати зустрічне надання чи ні².

І. С. Тімуш ризиковий (алеаторний) договір розуміє як орієнтовану на вдачу, збіг обставин, випадок тощо угоду, в якій загальний розмір чи можливість самого існування зустрічного надання на момент укладення договору невідомий, що поставлено в залежність від включеного до юридичних умов цього правочину випадкового юридичного факту (дія або подія) і може викликати негативний (програші, збитки, шкода), позитивний (виграш, вигода, прибуток) або нульовий економічний результат³.

Правова природа ризикових (алеаторних) договорів як правочинів зі зниженим ступенем ймовірності очікуваного зустрічного виконання зобов'язання зумовлена тим, що існування зустрічного надання або його розмір залежить від ризику – випадкової обставини, включеної до умов договору. В спеціальній літературі зазначається, що ризиковий договір передбачає виникнення в однієї або обох сторін стохастично обумовленого обов'язку, що не тягне за собою в подальшому реального виконання. Хоча однієї цієї обставини – залежності виконання зобов'язання від

¹ Аномалії в цивільному праві України : навч. -практ. посіб. / Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка ; відп. ред. Р. А. Майданик. Київ : Юстиніан, 2007. С. 226, 228.

² Султанова Т. И. Правовая природа алеаторных договоров и их место в системе гражданско-правовых договоров. *Вестник Перм. ун-та. Юрид. науки*. 2010. Вып. 3(19). С. 143–144.

³ Тімуш І. С. Цивільно-правове регулювання ризикових (алеаторних) договорів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2004. С. 5.

випадку – недостатньо для визнання договору алеаторним, оскільки будь-який договір містить певний розподіл ризиків. Алеаторність договору має місце тоді, коли цей розподіл поширюється на договірну рівновагу як таку. Тобто не тільки обсяг зобов'язань однієї чи обох сторін, а й економічний результат для кожної з них, який полягає в прийнятті зустрічного і наданні нею самою виконання, залежить у цьому випадку виключно від майбутньої випадкової обставини¹. Іншими словами, в самому договорі міститься умова, яка унеможливорює точне визначення на момент укладення такого договору вигоди і збитків. А тому, укладаючи алеаторні договори, сторони певною мірою діють на удачу.

Німецький учений Г. Райнер зазначає, що алеаторний договір укладається саме заради самої невизначеності, що відрізняє його від мінових правочинів, яким притаманні правила про так званий розподіл ризику неможливості виконання зобов'язання. При цьому, на думку автора, втрата невизначеності в алеаторному правочині означає, що взаємне виконання втрачає сенс щонайменше для однієї зі сторін. Та обставина, що сенс взаємних обіцянок сторін надати виконання повністю нівелюється із втратою невизначеності, надає ризиковому елементу в алеаторних договорах визначального характеру².

Мінові та ризикові договори розмежовував у своїй роботі «Про походження та поділ зобов'язань» і В. О. Голевинський. Вчений зазначав, що взаємні договори поділяються на мінові й ті, які залежать від випадку. Міновим є договір, якщо платежі, до яких сторони взаємно зобов'язані, несуть кожній із них приблизно рівну вигоду. Таким, що залежить від випадку, або ризиковим, визнається договір, наслідки якого стосовно вигод чи втрат кожної зі сторін (чи тільки однієї сторони) поставлені в залежність від невідомої події. Практичне значення такого поділу договорів автор убачав у тому, що для мінових договорів допускається, хоча й у виключних випадках, припинення договору у зв'язку з його збитковістю. Для договорів, які залежать від випадку (ризикових або алеаторних. – *М. В.*) таке припинення є неможливим, якими б великими не були втрати чи прибутки іншої сторони³.

¹ Райнер Г. Деривативы и право / пер. с нем. Ю. М. Алексеева, О. М. Иванова. Москва : Волтерс Клувер, 2005. С. 29–30.

² Там само. С. 30–31.

³ Голевинский В. О. О происхождении и делении обязательств. Варшава : Тип. Осипа Бергера, 1872. С. 45–46.

Як зазначає І. В. Волосенко, термін «ризикові правочини» охоплює чотири види ризиків: 1) страховий ризик (страхова премія виплачується після настання страхового випадку, тобто ймовірної невизначеної події або невідвортної події з невизначеним моментом її виникнення); 2) алеаторний ігровий ризик (право на виграш зумовлене задоволенням егоїстичних почуттів – азарту тощо і настанням штучно відтвореної випадкової ситуації за умов азарту); кожен з цих ризиків входить до юридичного змісту (структури) відповідного ризикового зобов'язання; 3) алеаторний спекулятивний ризик (право на виграш, зумовлене спекулятивними мотивами за рахунок гри на зміні курсів фінансових активів (акцій тощо) і настанням об'єктивно існуючої випадкової ситуації внаслідок коливання ринкових цін (біржових і позабіржових) на товар); 4) алеаторний неігровий ризик (вчинення рентних платежів протягом життя отримувача ренти; виникнення запланованого науково-технічного результату залежить від випадку – творчої вдачі (шансу) вченого)¹.

У зв'язку з цим традиційно ризиковими зобов'язаннями визнаються договори ренти, страхування, довічного утримання, договори гри, парі, лотереї, окремі зобов'язання з розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, біржові угоди тощо. До алеаторних також можна віднести договір на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт, договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт.

Разом із тим у наукових дослідженнях можна зустріти й іншу позицію. Зокрема, Т. І. Султанова, констатує віднесення цивілістичною доктриною до алеаторних договорів гри, парі, лотереї, тоталізатора, страхування, довічного утримання, строкових біржових угод тощо, порушує питання про доцільність об'єднання зазначених договорів у групу алеаторних. На її думку, щоб говорити про вказані договори як про алеаторні, необхідно, щоб вони мали особливий, єдиний для всіх правовий режим. Утім на підставі аналізу законодавства Республіки Таджикистан авторка робить висновок, що єдиний правовий режим мають тільки договори гри і парі, оскільки їх сторони позбавляються судового захисту у випадку невиконання чи неналежного виконання договору. Звідси, оскільки іншого особливого правового

¹ Волосенко І. В. Ризик у цивільному праві (поняття, природа, види) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2011. С. 75.

режиму, який би застосовувався до всіх договорів, що визнаються наукою цивільного права алеаторними, законодавством не передбачено, то й власне алеаторними договорами є договори гри та парі¹.

Навряд чи можна погодитись із зазначеною позицією, зважаючи на таке. Дійсно, і ми абсолютно солідарні із думкою Т. І. Султанової, дослідження алеаторних договорів дає можливість виявити притаманні тільки їм якості, що допомагає виділити їх в окремий самостійний різновид в системі цивільно-правових договорів. Таке виділення буде мати сенс за умови наявності практичної потреби. І така практична потреба полягає в необхідності встановлення певних правил, спільних тільки для договорів цього різновиду. Тобто, щоб самостійність алеаторних договорів мала певну практичну цінність, необхідно виявити потребу таких договорів в особливому правовому режимі, єдиному для всіх них². Проте зводити особливість правового регулювання алеаторних договорів тільки до позбавлення сторін судового захисту у випадку невиконання чи неналежного виконання договору або неможливості зміни чи розірвання договору за рішенням суду на підставі істотного порушення договору другою стороною є занадто звуженим розумінням особливого правового режиму.

Єдиний правовий режим розуміється як певний порядок регулювання, який виражений у комплексі правових засобів, що характеризують особливе поєднання взаємодіючих дозволів, заборон, а також позитивних зобов'язань і створюють особливу спрямованість регулювання того предмета (явища), щодо якого він встановлений³. Як уже неодноразово зазначалось, невизначеність становить зміст алеаторного договору і, на нашу думку, саме невизначеність зумовлює той правовий режим, що має застосовуватись до алеаторних договорів. Зокрема, існування зустрічного надання та його розмір (економічний результат для кожної зі сторін договору) поставлені у залежність виключно від

¹ Султанова Т. И. Правовая природа алеаторных договоров и их место в системе гражданско-правовых договоров. *Вестник Перм. ун-та. Юрид. науки.* 2010. Вып. 3(19). С. 148–149.

² Там само. С. 148.

³ Т. И. Султанова також посилається на зазначене визначення поняття «єдиний правовий режим» (див.: Султанова Т. И. Правовая природа алеаторных договоров и их место в системе гражданско-правовых договоров. *Вестник Перм. ун-та. Юрид. науки.* 2010. Вып. 3 (19). С. 148).

майбутньої випадкової обставини. Більше того, відсутність невизначеності в алеаторному договорі може слугувати підставою для визнання його недійсним як такого, що суперечить чинному законодавству. До речі, така теза вже висловлювалась у науці, зокрема зазначалось, що відсутність ризику в алеаторному правочині тягне за собою його нікчемність¹.

Крім того, наявність у змісті алеаторного договору елемента невизначеності становить інтерес принаймні для однієї сторони, що і спонукає її вступити в такі договірні відносини. І звичайно, особливістю переважної більшості таких договорів є неможливість їх припинення з підстав збитковості. Зокрема, як зазначав О. С. Іоффе, алеаторними зуться договори, які, будучи оплатними, конструюються так, що обсяг зустрічного задоволення, належного від однієї зі сторін, залишається невідомим доти, доки не настане обставина, що остаточно його визначить².

З цього приводу слушною видається думка І. С. Лі, який, здійснюючи дослідження застосування алеаторних механізмів у цивільному праві, зазначає, що в структурі алеаторного механізму наявні два елементи: 1) надання сторонами правового значення ризику (перікулярність); 2) відсутність правового захисту зобов'язання (натуралізація). Отже, резюмує автор, реалізація алеаторного механізму зумовлена наявністю елементів перікулярності і натуралізації в сукупності³.

Означене дає підстави стверджувати, що правовий режим, який поширюється на алеаторні договори, зумовлений вказаними їх особливостями і полягає в установленні такого порядку регулювання, за якого дозволи, які взаємодіють між собою, заборони та позитивні зобов'язування спрямовані на розподіл ризику, що впливає на договірну рівновагу. При цьому під ризиком, що впливає на договірну рівновагу, необхідно розуміти залежність зустрічного надання і його розміру від майбутньої випадкової обставини та неможливість їх припинення з підстав збитковості.

¹ Саватьє Р. Теория обязательств. Москва : Прогресс, 1972. С. 12.

² Иоффе О. С. Ответственность по советскому гражданскому праву / отв. ред.: А. К. Юрченко Ленинград : Изд-во Ленингр. ун-та, 1955. С. 295.

³ Ли И. С. Применение алеаторных механизмов в гражданском праве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Москва, 2015. С. 8.

Для неалеаторних договорів ризик є не їх юридичною умовою, а «зовнішнім» фактором, що лише супроводжує таке договірне зобов'язання. Сам договір та його виконання не залежать від неалеаторного ризику й може існувати за його відсутності¹. Як зазначає І. В. Волосенко, дія, що становить предмет зобов'язання і уявляється можливою при укладенні договору, у майбутньому може виявитися неможливою. І оскільки така неможливість внаслідок певних обставин може настати щодо будь-якої дії, то й ризик присутній у будь-якому зобов'язанні².

Неалеаторні (мінові, комутативні) договори, на відміну від алеаторних, у своєму змісті мають міновий елемент, під яким розуміється обмін реальними виконаннями. Саме цей елемент допомагає відмежувати міновий (неалеаторний) договір від ризикового (алеаторного)³. Разом із тим Г. Райнер вказує на дихотомний характер поділу договорів на алеаторні та неалеаторні, зазначаючи, що поняття мінового та алеаторного договору є взаємовиключними. Лише у випадку, коли зміст договору залежить від наявності невизначеності, припустимо називати ризик предметом договору, якщо хочеться вказати на алеаторність такого договору. Інакше неможливо буде зрозуміти, породжується ризик самим договором чи зовнішніми обставинами. Адже, як зазначає автор, будь-який договірний ризик, притаманний як алеаторним, так і міновим договорам, є, з одного боку, породженням договору, оскільки впливає із домовленості і реалізується при виконанні зобов'язань, а з другого – приходиться зовні, якщо за волею сторін частка зобов'язань за договором ставиться в залежність від певної зовнішньої події чи обставини⁴.

У наукових дослідженнях зазначається, що алеаторні елементи можуть включатись до умов договорів, які є звичайними домовленостями майнового обігу (мінові договори). Так, обов'язок продавця за договором купівлі-продажу передати товар покупцю буде стохастично зумовленим, оскільки існує ризик втрати чи пошкодження такого то-

¹ Аномалії в цивільному праві України : навч.-практ. посіб. / Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка ; відп. ред. Р. А. Майданик. Київ : Юстиніан, 2007. С. 108.

² Волосенко І. В. Ризик у цивільному праві (поняття, природа, види) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2011. С. 152.

³ Райнер Г. Деривативы и право / пер. с нем. Ю. М. Алексеева, О. М. Иванова. Москва : Волтерс Клувер, 2005. С. 29.

⁴ Там само. С. 31.

вару. Втім будь-який договір супроводжує ризик того, що зобов'язання будуть виконані інакше, ніж сторони передбачали на момент його укладення. В таких випадках на момент виконання зовнішні обставини, які впливають на виконання зобов'язання і змінюють його характер, не збігаються з обставинами, з яких виходили сторони на момент його укладення. Причиною цього може бути невизначеність майбутнього та/або неточність при описуванні предмета договору. Тому і робиться висновок, що будь-який договір є засобом розподілу ризику, інша справа, чи усвідомлюється цей ризик сторонами такого договору¹. Адже усвідомлення ризику є початковим етапом управління ризиком, а отже, сторона (сторони) договору може вплинути на нього, наприклад, за рахунок додаткової винагороди.

Таким чином, постає питання ризику на етапі виконання договору. Частково про такі ризики вже згадувалося вище. Відповідно до ст. 526 ЦК України зобов'язання має виконуватися 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. Втім досить часто правило ст. 526 ЦК України не дотримується, що призводить до невиконання чи неналежного виконання умов договору, а це, у свою чергу, є підставою для застосування наслідків, передбачених ст. 611 ЦК України. Відповідно, на етапі виконання договору можна вести мову про ризик штрафних санкцій, який може спровокувати фінансовий ризик та ризик розірвання договору.

Штрафні санкції, на думку Данієля А. Фарбе, є потенційно корисним засобом захисту сторін, які мають незвичайні збитки, що не можуть бути доведені в суді або які не можна легко виявити. Проте, з іншого боку, штрафні санкції можуть спровокувати декілька потенційних зовнішніх ефектів. По-перше, вони можуть стати стимулом для відкриття судових процесів, оскільки позивачі звертатимуться до суду з вимогою про відшкодування штрафних санкцій, тому і у такому випадку очікуване отримання буде більшим, ніж це було б, якби були відшкодовані тільки фактичні збитки. По-друге, штрафні санкції можуть збільшити ймовірність невдач у бізнесі, спричинивши ефект «доміно», коли сторона, до якої застосовуються такі санкції, будучи

¹ Райнер Г. Деривативы и право / пер. с нем. Ю. М. Алексеева, О. М. Иванова. Москва : Волтерс Клувер, 2005. С. 29–30.

залученою до низки довгострокових ділових відносин з іншими, не зможе належно виконувати свої зобов'язання через необхідність сплати таких штрафних санкцій. Нарешті, по-третє, якщо застосування штрафних санкцій буде поширеним, хвиля невдач у бізнесі, які виникли внаслідок рецесії штрафних санкцій, може мати серйозний вплив на довіру інвесторів, що, у свою чергу, може призвести до відтоку капіталу¹. А це вже є фінансовими ризиками.

Для мінімізації договірних ризиків вдаються до таких прийомів. По-перше, перевагу віддають письмовій формі договору з метою належної поінформованості сторін про їх обов'язки задля правильного і належного їх виконання. Вважається, що якщо договір укладений не у письмовій формі, то це ускладнює його застосування і навіть притягнення до відповідальності сторін. По-друге, у договорі має бути вказано «призначення» ризику, тобто випадки, коли сторони покладають ризики один на одного і кожна сторона визначає рівень ризику, який вона може нести, зважаючи на низку факторів, у тому числі ймовірність, вплив, ресурси пом'якшення наслідків, необхідність тощо. По-третє, активне використання аудиту: регулярне проведення договірних перевірок може допомогти прискорити виконання внутрішнього та зовнішнього договорів, сприяти зменшенню витрат та збільшенню заощаджень. По-четверте, договірний аудит також може допомогти забезпечити підзвітність сторін та підвищити рівень відповідності договору. По-п'яте, внесення до договору умови про форс-мажор. Це може врятувати сторони від економічного занепаду, а невиконання цього може призвести до непередбачених зобов'язань та порушень обов'язків, які завдадуть значної (а, можливо, й катастрофічної) шкоди стороні. І хоча зазначені прийоми більшістю сприймаються як рутинні, втім, більш детальний огляд показує, що вони можуть відігравати дуже важливу роль в управлінні ризиками підприємства².

Таким чином, договір має певною мірою подвійну природу. З одного боку, договір є одним із засобів мінімізації ризиків, виконуючи

¹ Farbe Daniel A. Contract Law and Modern Economic Theory. Berkeley Law Scholarship Repository. 1983. URL: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=2535&context=facpubs;Contract> (дата звернення: 16.01.2019).

² York Matthew. Five Ways to Manage Procurement Risk with Contract Management. URL: <http://cporising.com/2016/07/01/five-ways-to-manage-procurement-risk-with-contract-management/> (дата звернення: 12.03.2018).

економічну роль механізму розподілу обмежених ресурсів. Завданням договірного права у цьому випадку є створення загальних правил регулювання договірних відносин з метою забезпечення належного функціонування такого механізму. З іншого боку, договір одночасно може бути і джерелом ризиків. У цьому разі договірне право має надати сторонам належний інструментарій для виявлення, оцінки та мінімізації договірного ризику через закріплення його в нормах, котрі діятимуть за замовчуванням і забезпечать для сторін досконале договірне середовище, зменшуючи ймовірність ризикових ситуацій. При цьому більшість правил за замовчуванням мають підпорядковуватися волі сторін, які повинні зберігати право змінювати їх за власним бажанням.

Звернемо також увагу на свободу договору як базову засаду договірних відносин, що відіграє провідну роль при диспозитивному розподілі ризиків. Принцип свободи договору, закріплений у ст. 3 ЦК України, є певною мірою проявом диспозитивності у договірних відносинах, що передбачає можливість особи вільно, на власний розсуд здійснювати свої цивільні права. Цей принцип деталізовано у ст. 627 ЦК України, відповідно до якої сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору. Втім слушною видається думка, що зміст договірної свободи сторін є значно ширшим і включає також: вільний вияв волі особи на вступ у договірні відносини; свободу вибору сторонами форми договору; право сторін укладати як договори, передбачені законом (поіменовані), так і договори, які законом не передбачені, але йому не суперечать (непоіменовані); право сторін за своєю угодою змінювати, розривати або продовжувати чинність укладеного ними договору; визначати способи забезпечення договірних зобов'язань; можливість установлювати форми (міри) відповідальності за порушення договірних зобов'язань тощо¹.

Відповідно, у сучасних наукових публікаціях все частіше порушується питання необхідності докорінного переосмислення принципу свободи договору. Як наголошується у спеціальній літературі, свобода договору є гарантоване державою право учасника цивільного обороту на вільне здійснення своїх цивільних прав шляхом вступу в договірні

¹ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. 4-те вид., перероб. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2010. Т. II. С. 146.

відносини з іншими учасниками цивільного обороту, реалізація якого не повинна порушувати таке ж право інших учасників обороту і публічні інтереси держави¹. Такий підхід зумовлюється ідеєю захисту слабкої сторони з метою подолання договірних диспропорцій. Так, О. М. Вінник, зокрема, щодо державно-приватного партнерства зазначає, що метою законодавця в регулюванні відносин, які виникають з такого партнерства, є: 1) встановлення меж договірної свободи шляхом закріплення імперативних вимог; 2) надання сторонам можливості врахувати специфіку конкретного партнерства, в тому числі й щодо розподілу ризиків, тобто надання певної свободи сторонам при визначенні їх договірних зобов'язань².

На думку О. А. Воловик, для подолання договірних та інформаційних диспропорцій сучасна цивільно-правова доктрина використовує так зване застереження про добросовісність. Вимога дотримуватися правил суб'єктивної добросовісності означає вимогу до більш професійно підготовленої сторони договору враховувати обмежену раціональність, меншу поінформованість іншої сторони договору. Хоча, як зазначає автор, добросовісність є тією вимогою, яка може зіштовхнути правомірні економічні цілі однієї зі сторін договору з іншою, які є часто протилежними³. Втім, на думку В. Д. Примака, визнання добросовісності принципом цивільного права вимагає встановлення такого правового порядку, за якого юрисдикційний орган зважатиме на очевидну добросовісність або недобросовісність особи щоразу, коли врахування цього чинника з огляду на суть конкретних правовідносин матиме істотне значення для визначення справедливого балансу інтересів їх учасників⁴.

Таким чином, регулюючи за допомогою договору розподіл ризиків (наприклад, ризик невиконання чи неналежного виконання договору),

¹ Забoев К. И. Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора. С.-Петербург : Юрид. центр Пресс, 2003. С. 190.

² Вінник О. М. Правові засоби саморегулювання за інституційного державно-приватного партнерства. *Вісн. Нац. акад. прав. наук України*. 2014. №4(79). С. 86.

³ Воловик О. А. Еволюція мети договірної свободи крізь призму економічного підходу: (історія та сучасні тенденції). *Вісн. Вищ. ради юстиції*. 2013. №2(14). С. 130–132.

⁴ Примак В. Д. Теоретичні проблеми відшкодування моральної шкоди на засадах справедливості, розумності й добросовісності у цивільному праві України : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2014. С. 128.

сторони мають узгоджувати принцип свободи договору з іншими засадами цивільного права.

Власне, обмеження свободи договору та захист слабкої сторони і, відповідно, перенесення більшого тягаря ризиків на сильнішу сторону договору не є домінуючою практикою в Україні. Досить показовим з цього питання можна вважати Рішення Конституційного Суду України від 10 листопада 2011 р., у якому, правда, в контексті кредитних відносин були зроблені такі висновки:

1) регулювання договірних цивільних відносин здійснюється як самостійно їх сторонами, так і за участю держави відповідно до положень Цивільного кодексу України. Одним із фундаментальних принципів приватноправових відносин є принцип свободи договору, закріплений у п. 3 ст. 3 ЦК України. Разом із тим зазначена свобода є обмеженою – межі дії цього принципу визначаються критеріями справедливості, добросовісності, пропорційності, розумності;

2) держава, встановлюючи законами України засади створення і функціонування грошового та кредитного ринків (п. 1 ч. 2 ст. 92 Конституції України), має підтримувати на засадах пропорційності розумний баланс між публічним інтересом ефективного перерозподілу грошових накопичень, комерційними інтересами банків щодо отримання справедливого прибутку від кредитування і охоронюваними законом правами та інтересами споживачів їх кредитних послуг;

3) держава забезпечує особливий захист слабшого суб'єкта економічних відносин, а також фактичну, а не формальну рівність сторін у цивільно-правових відносинах шляхом визначення особливостей договірних правовідносин у сфері споживчого кредитування та обмеження дії принципу свободи цивільного договору. Це здійснюється через встановлення особливого порядку укладення цивільних договорів споживчого кредиту, їх оспорювання, контролю за змістом та розподілу відповідальності між сторонами договору¹.

Цим рішенням, нехай і в сфері кредитних відносин, Конституційний Суд України по суті підтримав поширену у європейській доктрині

¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Степаненка Андрія Миколайовича щодо офіційного тлумачення положень пунктів 22, 23 статті 1, статті 11, частини восьмої статті 18, частини третьої статті 22 Закону України «Про захист прав споживачів» у взаємозв'язку з положеннями частини четвертої статті 42 Конституції України (справа про захист прав споживачів кредитних послуг) : від 10 листоп. 2011 р. №15-рп/2011. *Офіц. вісн. України*. 2011. №90. Ст. 3274.

ідею раціоналізму та співробітництва як взаємного піклування про інтереси один одного. Можливо, таке рішення спонукає практику загалом і суди зокрема виходити із означених підходів та виносити рішення навіть всупереч закону, якщо вони базуються на засадах добросовісності, розумності та справедливості.

Отже, договір має певною мірою подвійний характер. З одного боку, договір є інструментом розподілу ризиків, реалізуючи компенсаційну функцію. При цьому, виходячи із позицій економічної ефективності та справедливості, при договірному розподілі ризику домінуючою має бути воля сторін. У разі, якщо розмір відшкодування, встановлений договором, є надмірним, то його зменшення до розумного розміру можливе у судовому порядку за ініціативою сторони, яка має здійснити таке відшкодування. З другого боку, договір сам може стати джерелом ризику. Ризик у такому разі може виявлятися на етапі укладення договору, на рівні умов договору, при виконанні договору чи перетворюватися на фінансовий ризик.

1.3. Захист прав споживачів у договірних зобов'язаннях

Споживче законодавство справедливо займає визначальне місце у регулюванні приватноправових відносин за участю фізичної особи, яка придбаває продукцію з особистою метою, без наміру отримання прибутку. Легальна дефініція фізичної особи як учасника таких відносин міститься у п. 22 ст. 1 Закону України «Про захист прав споживачів» від 12 травня 1991 р. № 1023-ХІІ (далі – Закон), відповідно до якого споживач – це 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. Водночас поширення споживчого законодавства на цивільно-правові відносини обумовлено саме специфічним статусом фізичної особи, який забезпечує посилену охорону та захист її прав.

У цьому контексті слушною є думка О. Ю. Черняк, яка стверджує, що специфіка цивільно-правового статусу споживача проявляється

у двох особливостях: моменті виникнення в особи такого статусу та у наділенні споживача у рамках спеціального правового статусу додатковими правовими можливостями¹. Однак для можливості визнання за фізичною особою статусу споживача, що потребує такого посиленого захисту, необхідна наявність двох умов: особа повинна бути фізичною особою, а придбання нею товарів має здійснюватися для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника.

При цьому про важливе значення споживчого законодавства також свідчить положення ч. 4 ст. 42 Конституції України, яким визначено, що держава захищає права споживачів, здійснює контроль за якістю і безпекою продукції та усіх видів послуг і робіт, сприяє діяльності громадських організацій споживачів. Частково це обумовлюється тим фактом, що значна частина потреб споживача є життєво важливими (їжа, вода, ліки, комунальні послуги тощо), і фізична особа фактично є залежною від суб'єкта господарювання, що задовольняє такі потреби фізичної особи, та не завжди має можливість вибору. Тому споживчі відносини, незважаючи на їх цивілістичну природу, все ж таки об'єктивно потребують державної інтервенції з метою захисту більш вразливої сторони таких відносин. Однак необхідно зауважити, що така інтервенція не робить ці відносини публічними.

Споживче законодавство поширюється на фізичну особу з моменту виникнення договірного зобов'язання чи на переддоговірній стадії. Відтак охорону та захист прав споживачів доцільно розглядати у прямому взаємозв'язку із договірним зобов'язанням.

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 вчинення певної дії (негативне зобов'язання), а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку. При цьому однією із підстав виникнення цивільно-правових зобов'язань є договір.

Договірне зобов'язання – це відносне правовідношення між юридично рівними і майново самостійними особами, що виникає на під-

¹ Черняк О. Ю. Цивільно-правовий статус споживача у контексті адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2011. С. 8.

ставі укладеного договору, який виражає їх загальну волю на досягнення цивільно-правових результатів майнового чи немайнового характеру, настання яких відбувається у разі здійснення боржником певних активних дій, що відповідають праву вимоги кредитора і не зачіпають прав і законних інтересів третіх осіб, що не є учасниками зазначеного правовідношення¹.

Умовно договірні зобов'язання можна поділити на три групи, а саме: 1) договірні зобов'язання між суб'єктами господарювання (*господарські договори*); 2) договірні зобов'язання між фізичними та юридичними особами з метою задоволення особистих інтересів споживача (*споживчі договори*) та 3) всі інші договірні зобов'язання між фізичними та/або юридичними особами (*цивільні договори у вузькому розумінні*). Водночас у контексті цього дослідження розглядатиметься тільки захист прав фізичних осіб у зобов'язаннях, що виникають із споживчих договорів.

За загальним правилом цивільні зобов'язання повинні виникати базуючись на одній із фундаментальних засад цивільного законодавства – свободі договору. Так, ч. 1 ст. 627 ЦК України передбачено, що відповідно до ст. 6 цього Кодексу сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. При цьому згідно з ч. 3 ст. 6 ЦК України сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд.

У цьому контексті слід навести позицію С. О. Погрібного, який доволі лаконічно сформулював доктринальне визначення свободи договору. Так, автор вважає, що свобода договору – це властива суб'єктам цивільних відносин і визнана та гарантована цивільним законодавством України їх здатність самостійно формувати і виражати свою волю щодо створення правил своєї поведінки². Таким чином, відповідно до принципу свободи договору ніхто не може бути примушений до вступу у цивільні відносини, вибору контрагента чи визначення умов договору.

¹ Сібільов М. Договірне зобов'язання та його виконання. *Вісн. Акад. прав. наук України*. 2003. № 2–3 (33–34). С. 414–424. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/5791/1/Sibilov_414.pdf (дата звернення: 14.04.2020).

² Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2009. С. 89.

Безумовно, як загальний цивілістичний принцип свобода договору є надзвичайно важливою в аспекті договірних відносин, проте така свобода не може бути безмежною.

Так, відповідно до абз. 2 ч. 3 ст. 6 ЦК України 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 випливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами. Водночас відповідно до ч. 2 ст. 627 ЦК України у договорах за участю фізичної особи – споживача враховуються вимоги законодавства про захист прав споживачів. Отже, наведені законодавчі положення свідчать про те, що у певних випадках та з обґрунтованою метою свобода договору може бути обмежена імперативними нормами законодавства.

Разом із тим Г. А. Осетинська зазначає, що ЦК України (ст. 627) проголошує принцип свободи договору, однак під час укладення споживчих договорів формування їх умов дія принципу свободи істотно обмежена, адже і порядок укладення, і формування умов договору визначають переважно імперативними нормами законодавства про захист прав споживачів, до того ж таким чином, що споживачам встановлюються привілейовані умови і формуються додаткові обов'язки для підприємця. Існують також особливості захисту прав споживачів, які полягають у домінуванні спеціальних способів захисту над загальноцивілістичними, встановленими ЦК України (ст. 16)¹. Своєю чергою, Т. Я. Схаб-Бучинська вказує, що обмеження свободи договору можуть встановлюватися в нормах права як і будь-які інші правові обмеження, та приходить до висновку, що поширення інституту споживчого договору є одним із правових інструментів, завдяки яким законодавець розширює чи звужує дію принципу свободи договору².

На наше переконання, в аспекті споживчих договорів слід говорити не про те, що дія принципу свободи договору «істотно обмежена»

¹ Осетинська Г. А. Цивільно-правовий захист прав споживачів за законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2006. С. 93.

² Схаб-Бучинська Т. Я. Обмеження свободи у договорі про споживчий кредит. *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України*. 2017. С. 187–195. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/apvchzu_2017_43_18.pdf (дата звернення: 19.04.2020).

чи «звужена», а про відмінне вираження принципу свободи договору в споживчих договорах від класичного розуміння свободи договору.

На сьогодні, враховуючи глобалізацію споживчих відносин та посилення статусу споживача на світових ринках, свобода договору в її фундаментальному розумінні видозмінюється. Це не означає, що вона втратила свою історичну сутність. А розуміється лише те, що свобода договору у споживчих відносинах трансформується (підлягає певному обмеженню порівняно з класичним розумінням) задля створення ефективного балансу інтересів сильної та слабкої сторін договірних відносин. Тобто можна говорити про: 1) свободу договору в комерційних відносинах та 2) свободу договору в споживчих відносинах¹.

Отже, об'єктивно слід дійти висновку, що свобода договору в споживчих відносинах враховує обґрунтоване втручання держави у цивільно-правові відносини з метою захисту більш вразливої сторони таких відносин. При цьому саме подвійна природа свободи договору дозволяє повністю охопити правове регулювання споживчих відносин імперативними нормами приватноправового, а не публічно-правового характеру. Водночас саме виділення свободи договору в споживчих відносинах призводить до того, що така свобода, як усталена для цих відносин, вже є обмеженою, а не те, що свобода договору (в класичному її розумінні) у споживчих відносинах постійно обмежується.

Говорячи про охорону та захист прав споживачів, необхідно особливо увагу приділити саме споживчому договору як підставі виникнення договірних споживчих зобов'язань. Так, звертаючись до доктринальних підходів розуміння цього договору, слід навести думку В. Я. Горблянського, який вважає, що при віднесенні договорів, у тому числі й про надання послуг, до споживчих, слід брати до уваги сукупність двох обов'язкових складових, а саме суб'єктний склад та мету, з якою укладається договір. До суб'єктного складу слід віднести, з одного боку, замовника – фізичну особу, а з другого боку – виконавця – суб'єкта підприємницької діяльності, який володіє необхідною правосуб'єктністю. Метою такого договору є задоволення особистої

¹ Пожоджук Р. В. Свобода договору в аспекті споживчих відносин. *Приватне право і підприємництво* : зб. наук. пр. / редкол.: О. Д. Крупчан (гол. ред.) та ін. Київ : Наук.-дослід. ін-т приват. права і підприємництва ім. акад. Ф. Г. Бурчака Нац. акад. прав. наук України. 2020. Вип. 20. С. 106–111. URL: <https://drive.google.com/file/d/1W9vUotfclеBKueKYrDpelSQ5HgNf2tkO/view> (дата звернення: 29.04.2020).

потреби, що не пов'язана з підприємницькою діяльністю¹. Схоже міркування висловлене А. В. Федорончуком, який вказує, що основними критеріями для кваліфікації того чи іншого цивільно-правового договору як споживчого слід вважати перш за все специфічний суб'єктний склад, а також особливу мету, заради якої укладається договір. Якщо у договорі стороною є фізична особа, яка укладає його з метою особистого (побутового) використання, то такий договір можна кваліфікувати як споживчий². Однак, на наше переконання, споживчий договір з огляду на свій специфічний суб'єктний склад має ще й специфічну мету, яка полягає не лише в задоволенні особистих потреб споживача. Так, метою суб'єкта господарювання, який продає товари, надає послуги чи виконує роботи на користь фізичної особи є отримання прибутку, а метою споживача є задоволення особистих потреб. Тому така різноспрямованість мети суб'єкта господарювання та фізичної особи – споживача, але з метою задоволення інтересів обох сторін і обумовлює специфічність мети споживчого договору.

А. М. Аврах пропонує дефініцію цивільно-правового договору за участю споживача, під яким слід розуміти систему здійснюваних конкретними сторонами (споживачами, виконавцями тощо) у відповідній формі і за допомогою спеціальних юридичних процедур волевиявлень, що в сукупності представляють угоду, на підставі якої з метою досягнення в рамках певної процедури (процедура виконання договору) необхідного договірного ефекту (майнового і (або) немайнового – задоволення споживчих потреб, отримання прибутку) виникають, змінюються і припиняються зобов'язальні правовідносини³. На наше переконання, наведена дефініція договору через її складність та можливість множинності тлумачення у контексті правової визначеності, не може вважатися оптимальною.

¹ Горблянський В. Я. Договір про надання послуг як різновид споживчого договору. *Наук. вісн. Ужгород. нац. ун-ту. Серія: Право.* 2016. № 39 (1). С. 46–49. URL: http://www.visnyk-juris.uzhnu.uz.ua/file/No.39/part_1/13.pdf (дата звернення: 01.05.2020).

² Федорончук А. В. Договір прокату : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Івано-Франківськ, 2015. 228 с. URL: https://ap.gp.gov.ua/userfiles/file/Academia2016/Fedoronchuk_diser.pdf (дата звернення: 01.05.2020).

³ Аврах А. М. Договор с участием потребителей в системе гражданско-правовых договоров : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Казань, 2007. 27 с. URL: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1276739> (дата звернення: 01.05.2020).

При цьому заслуговує на увагу визначення, яке запропоноване Г. А. Осетинською, що споживчим договором, на який поширюється законодавство про захист прав споживачів, має вважатися правочин, за яким продавець, виготівник, виконавець, що є підприємцем, реалізує товар, роботи, послуги споживачеві – фізичній особі, яка придбаває, 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 працівника¹. Таке визначення, на нашу думку, є більш лаконічним та відображає всеохоплюючий характер споживчих правовідносин, а також вказує на специфіку таких відносин. Однак зазначимо, що термін «споживчий договір» може знайти своє відображення виключно у Законі, а не в ЦК України, адже поняття «споживчий договір» є досить неоднозначним та дискусійним як у доктрині, так і в практичній діяльності².

Разом із тим вітчизняна вчена І. І. Банасевич, яка займається безпосередньо проблемами договірних відносин за участю фізичних осіб – споживачів, під споживчим договором пропонує розуміти правочин, за яким одна сторона (суб'єкт підприємницької діяльності) передає або зобов'язується передати товари у власність чи речі у тимчасове користування, надає послуги, а також виконує роботи іншій стороні (споживачеві), який придбаває, набуває, замовляє чи використовує (або має намір це зробити) майно (товар), результат робіт чи послуг для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних зі здійсненням ним підприємницької діяльності³. Наведене визначення є, безсумнівно, цікавим та спрямованим на врахування широкого спектру відносин, що регулюються цим договором. Однак, вважаємо, що для набуття оптимального статусу вказана дефініція може бути певним чином вдосконалена з огляду на таке.

¹ Осетинська Г. А. Цивільно-правовий захист прав споживачів за законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / НДІ приват. права і підприємництва Акад. прав. наук України. Київ, 2006. С. 52.

² Пожоджук Р. В. Захист прав споживачів за договором постачання електричної енергії через приєднану мережу : монографія. Київ : НДІ приват. права і підприємництва ім. акад. Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2017. С. 25.

³ Банасевич І. І. Споживчий договір: поняття та ознаки. *Наук. вісн. публіч. та приват. права*. 2018. Вип. 5, т. 1. URL: http://www.nvppp.in.ua/vip/2018/5/tom_1/18.pdf (дата звернення: 08.05.2020).

Так, заслуговує на увагу пропозиція автора щодо охоплення споживчим договором відносин з передачі чи обов'язку передачі речі у тимчасове користування. Така доктринальна новела фактично розширює правове регулювання споживчих договірних відносин шляхом включення до предмета їх регулювання відносин з тимчасового користування річчю, які на сьогодні не охоплюються дією Закону.

Крім того, у сучасному світі є доволі поширеною діяльність суб'єктів господарювання, що надають саме в користування фізичній особі на певний, необхідний лише їй строк, досить широкий асортимент майна, з метою задоволення особистих потреб такої особи. Тобто окремі речі, що були необхідні особі лише на певний період, колись придбавалися нею у власність та залишалися без фактичного використання понад цей період. На сьогодні ж розвиток суспільних відносин розширює можливості фізичної особи щодо отримання в тимчасове користування на визначений нею строк широкого асортименту речей без фактичного їх придбання у власність. Тому сучасний ступінь розвитку суспільних відносин з передачі майна у тимчасове користування об'єктивно вимагає, щоб особливості таких відносин за участю фізичної особи, яка бере в користування певне майно зі споживчою метою, загалом були врегульовані Законом.

Відповідно до преамбули Закону «цей Закон регулює відносини між споживачами товарів, робіт і послуг та виробниками і продавцями товарів, виконавцями робіт і надавачами послуг різних форм власності, встановлює права споживачів, а також визначає механізм їх захисту та основи реалізації державної політики у сфері захисту прав споживачів». А за змістом ч. 1 ст. 1¹ Закону «Цей Закон регулює відносини між споживачами товарів (крім харчових продуктів, якщо інше прямо не встановлено цим Законом), робіт і послуг та виробниками і продавцями товарів, виконавцями робіт і надавачами послуг». Як бачимо, Законом регулюються відносини саме між «продавцями товарів» та «споживачами», однак фактично відсутнє регулювання відносин між «наймодавцем (орендодавцем)» та «споживачем».

Водночас справедливо зазначити, що ЦК України допускає можливість отримати в користування для особистих потреб необхідні речі за договором прокату, а на такі відносини безперечно поширюватиметься законодавство про захист прав споживачів. Так, відповідно до ч. 1 ст. 787 ЦК України за договором прокату наймодавець, який здій-

снює підприємницьку діяльність з передання речей у найм, передає або зобов'язується передати рухому річ наймачеві у користування за плату на певний строк. Своєю чергою, ч. 1 ст. 788 ЦК України визначено, що предметом договору прокату є рухома річ, яка використовується для задоволення побутових невиробничих потреб. Разом із тим Верховний Суд України у Постанові Пленуму від 12 квітня 1996 р. № 5 «Про практику розгляду цивільних справ за позовами про захист прав споживачів» зазначив, що оскільки Закон не визначає певних меж своєї дії, судам слід мати на увазі, що до відносин, які ним регулюються, належать, зокрема, ті, що виникають із договорів майнового найму (в тому числі найму (оренди) жилого приміщення – в частині відносин між наймачем (орендарем) і наймодавцем (орендодавцем), який одночасно є виконавцем комунальних послуг і послуг по ремонту житлового фонду та інженерного обладнання), побутового прокату, безоплатного користування майном¹. А згідно з п. 1.2 Порядку надання у тимчасове користування громадянам предметів культурно-побутового призначення та господарського вжитку, який затверджено наказом Укрсоюзсервісу від 16 грудня 1999 р. № 46 надання послуг прокату регулюється, зокрема, Законом².

Таким чином, незважаючи на відсутність вказівки у Законі про поширення його норм на договори з передання майна у тимчасове користування, положення споживчого законодавства все ж таки поширюються на правовідносини прокату. Аналогічна позиція висловлювалася такими науковцями, як І. Р. Калаур³, А. В. Федорончук⁴, Г. Б. Яновицька⁵. Однак норми Закону застосовуються до відносин прокату за участю

¹ Про практику розгляду цивільних справ за позовами про захист прав споживачів : Постанова Пленуму Верхов. Суду України від 12.04.1996 № 5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0005700-96> (дата звернення: 27.05.2020).

² Порядок надання у тимчасове користування громадянам предметів культурно-побутового призначення та господарського вжитку, який затверджено наказом Укрсоюзсервісу від 16.12.1999 № 46. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/z0025-00> (дата звернення: 27.05.2020).

³ Калаур І. Р. Договірні зобов'язання про передання майна у користування в цивільному праві України : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2015. С. 182.

⁴ Договір прокату : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Івано-Франківськ, 2015. 228 с. URL: https://ap.gov.ua/userfiles/file/Academia2016/Fedoronchuk_diser.pdf (дата звернення: 01.04.2020).

⁵ Яновицька Г. Б. Споживач у правовідносинах прокату. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2018. Т. 2, № 2. С. 28. URL: http://apnl.dnu.in.ua/2_2018/tom_2/tom_2_2018.pdf (дата звернення: 01.06.2020).

фізичної особи – споживача саме в силу положення ч. 2 ст. 627 ЦК України, за змістом якої у договорах за участю фізичної особи – споживача враховуються вимоги законодавства про захист прав споживачів. А не через те, що ці правовідносини охоплюються предметом Закону.

При цьому слід зауважити, що придбання товару у власність чи отримання в оренду за наведених обставин мають схожі риси, однак їх правове регулювання не є і не повинно бути тотожним. По-перше, це обумовлюється тим фактом, що фізична особа, яка придбаває товари вперше має більший обсяг прав щодо цього придбання, ніж фізична особа, яка бере в тимчасове користування товар, що був у вжитку (переддоговірні та договірні права споживачів). По-друге, якість нового товару та такого, що був у вжитку, є об'єктивно різною, що свідчить про неможливість надання однакового захисту прав щодо цього товару. По-третє, фізична особа, яка придбаває товар у власність, може розпорядитися ним на власний розсуд, однак наймач повинен дбайливо ставитися до такого майна (не може передати таке майно в позичку тощо). По-четверте, за загальним правилом ч. 1 ст. 323 ЦК України ризик випадкового знищення та випадкового пошкодження (псування) майна несе його власник, якщо інше не встановлено договором або законом, а за правилом ч. 1 ст. 772 ЦК України наймач несе ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження речі, лише у разі, якщо він затримав повернення речі наймодавцеві. По-п'яте, окремі речі не можуть бути предметом договору про передання майна у тимчасове користування або їх передача є недоцільною (продукти харчування, ліки, косметика тощо).

Тому, враховуючи наведені відмінності, вважаємо, що включати відносини з тимчасового користування майном до предмета споживчого договору є недоцільним. Однак допускаємо, що на договірні зобов'язання з тимчасового користування майном за участю споживача можуть поширюватися окремі положення Закону. Цей висновок закономірно випливає з того факту, що, включаючи до предмета споживчого договору відносини з передачі майна в тимчасове користування, ми фактично ставимо знак «рівності» у договірному регулюванні таких відносин та відносин з передачі майна у власність. При цьому обсяг прав учасників цих відносин та їх цивільно-правове регулювання є різними. Відповідно вказані групи договірних зобов'язань повинні регулюватися різними положеннями споживчого законодавства. Отже,

законодавче регулювання договірних відносин з тимчасового користування майном за участю споживача може бути здійснено шляхом передбачення окремого розділу у Законі.

Споживчий договір слід розуміти як домовленість між суб'єктом підприємництва, з однієї сторони, та фізичною особою – споживачем – з другої, про купівлю-продаж товарів, виконання робіт чи надання послуг винятково для особистого використання або споживання фізичною особою та задоволення її особистих потреб¹.

Водночас вважаємо, що наведене визначення потребує доопрацювання. Так, у дефініції споживчого договору було вжито термін «суб'єкт підприємництва» для визначення однієї із сторін договору. Однак сам термін «суб'єкт підприємництва» не є вдалим та всеохоплюючим з огляду на таке.

Відповідно до ч. 2 ст. 55 ГК України суб'єктами господарювання є:

1) господарські організації – юридичні особи, створені відповідно до Цивільного кодексу України, державні, комунальні та інші підприємства, створені відповідно до цього Кодексу, а також інші юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані в установленому законом порядку;

2) громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані відповідно до закону як підприємці. Тобто дефініція «суб'єкт господарювання» є більш об'ємною та охоплює осіб, що здійснюють також і некомерційну діяльність, однак можуть реалізовувати товари, надавати послуги та виконувати роботи на користь фізичних осіб – споживачів.

Водночас за змістом ст. 83 ЦК України юридичні особи можуть створюватися у формі товариств, установ та в інших формах, встановлених законом. Товариством є організація, створена шляхом об'єднання осіб (учасників), які мають право участі у цьому товаристві. При цьому товариства поділяються на підприємницькі та непідприємницькі. Тобто категорія «суб'єкт підприємництва» фактично не охоплювала непідприємницькі товариства, що не зовсім узгоджується з об'єктивними обставинами дійсності.

¹ Пожоджук Р. В. Захист прав споживачів за договором постачання електричної енергії через приєднану мережу : монографія. Київ : НДІ приват. права і підприємництва ім. акад. Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2017. С. 25.

Окремо слід зауважити, що наразі дефініція терміна «суб'єкт підприємництва» відсутня в законах України. Раніше ж на законодавчому рівні існував подібний термін – «суб'єкт підприємницької діяльності», визначення якого містилося в Законі України «Про підприємництво» від 7 лютого 1991 р. № 698-ХІІ. Однак вказаний законодавчий акт втратив чинність (крім ст. 4) з моменту набрання чинності Господарським кодексом України. Отже, можна констатувати, що вживання терміна «суб'єкт господарювання», з огляду на його історичне формування, змістовне наповнення та відповідність вимогам сьогодення є більш вдалим, ніж «суб'єкт підприємництва».

Категорія «суб'єкт господарювання» також міститься в ч. 4 ст. 13 Конституції України, за змістом якої держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, соціальну спрямованість економіки. Усі суб'єкти права власності рівні перед законом. Рівність усіх суб'єктів права власності є конституційним положенням, яке не дозволяє необґрунтоване надання одним суб'єктам права власності (відповідно і суб'єктам господарювання) привілеїв перед іншими. Термін «суб'єкт підприємництва», відповідно до законодавчих положень, не зовсім відповідає принципу рівності усіх суб'єктів права власності, оскільки окремі суб'єкти, що здійснюють непідприємницьку діяльність, можуть реалізовувати товари, надавати послуги та виконувати роботи на користь фізичних осіб – споживачів. Тобто вказані суб'єкти можуть бути стороною споживчого договору. Отже, законмірно приходимо до висновку, що вжита у запропонованій нами дефініції споживчого договору категорія «суб'єкт підприємництва» об'єктивно потребує заміни на більш вдалий термін – «суб'єкт господарювання».

Сьогодні споживче законодавство України не містить визначення терміна «споживчий договір». Однак ч. 1 ст. 45 Закону України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. № 2709-IV (далі – Закон № 2709-IV) передбачено, що до договорів споживання належать договори щодо придбання товарів та одержання послуг особою (споживачем) не для цілей підприємницької діяльності¹. Наведене положення оперує категорією «договори споживання», в межах якої виділяє

¹ Про міжнародне приватне право : Закон України від 23.06.2005 № 2709-IV URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15> (дата звернення: 03.06.2020).

окремі договірні типи, інтерес фізичної особи в яких має бути спрямований на досягнення результату для такої особи, а не для цілей підприємницької діяльності. Таким чином, ця норма Закону № 2709-IV не дає чіткої дефініції поняттю «договори споживання», однак окреслює типи договірних відносин за участю фізичної особи – споживача. А отже, можна стверджувати, що категорії «споживчий договір» та «договори споживання» є тотожними.

При цьому у п. 7 ч. 1 ст. 1 Закону міститься дефініція поняття «договір», під яким розуміється усний чи письмовий правочин між споживачем і продавцем (виконавцем) про якість, терміни, ціну та інші умови, за яких реалізується продукція. Таким чином, можемо говорити, що у цьому визначенні законодавець розкриває сутність споживчого договору. Водночас наведене розкриття сутності можливе лише за існування інших взаємопов'язаних термінів, таких як «споживач», «продавець (виконавець)» та «продукція».

На наше переконання, за своїм характером поняття «договір» у розумінні Закону не спрямоване на розкриття сутності «споживчого договору», а лише стилізовано під зручність та ефективність застосування норм вказаного Закону.

Відповідна дефініція фактично бланкетного характеру є допустимою, однак, вважаємо, що з метою надання «самодостатності» категорії «споживчий договір» в законодавстві України, а також з метою дотримання принципу правової визначеності, як елементу верховенства права, слід відобразити у Законі термін «споживчий договір», беручи за основу доктринальні його визначення.

Принагідно вважаємо за доцільне навести положення ст. 5 Конвенції про право, застосовне до договірних зобов'язань 1980 р. «Деякі споживчі договори», де визначено, що ця стаття застосовується до договору, предметом якого є поставка товарів або послуг будь-якій особі (споживачу) для цілей, які можуть розглядатися як такі, що знаходяться поза межами її комерційної або іншої професійної діяльності, а також до договору на надання кредиту для таких цілей¹. Так, наведене положення цікаве з огляду на визначення мети фізичної особи, що придбаває товари чи отримує послуги, яка є відмінною від звичної

¹ Convention on the law applicable to contractual obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980 (80/934/EEC). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A41980A0934> (дата звернення: 01.04.2020).

для нас: «для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника». Фактично споживчим договором повинен вважатися договір, що укладається фізичною особою для будь-яких цілей, які можуть розглядатися як такі, що знаходяться поза межами її комерційної або іншої професійної діяльності. Нам імпонує наведена формула через лаконічність її формулювання, а тому припускаємо, що вона може використовуватися у подальших наукових дослідженнях, однак пропонувати її як наукову чи легальну дефініцію споживчого договору видається передчасним.

Тому вважаємо, що *споживчий договір* слід розуміти як *домовленість між суб'єктом господарювання, з однієї сторони, та фізичною особою – споживачем – з другої, про купівлю-продаж товарів, виконання робіт чи надання послуг винятково для особистого використання або споживання фізичною особою та задоволення її особистих потреб.*

Сучасна цивільно-правова регламентація договірних відносин за участю споживачів повинна ґрунтуватися на збалансованому поєднанні взаємовигідних (взаємообумовлених) інтересів споживачів і підприємців, які здійснюють діяльність з продажу товарів, виконання робіт, надання послуг¹. Так, цивільне зобов'язальне право регулює основні відносини за участю фізичної особи – споживача. Споживче ж законодавство як частина цивільного регулює такі відносини виходячи з особливого їх характеру та статусу фізичної особи. Це свідчить про їх певний симбіоз та синергію. Водночас специфіка споживчого законодавства виявляється у використанні імперативних норм при регулюванні споживчих відносин.

Питання втручання держави в приватноправові відносини неодноразово досліджувалися представниками зарубіжної правової науки. Так, професори Л. Сілі (L. S. Sealy) та Р. Гюлей (R. J. A. Hooley) небезпідставно зауважують, що важливо отримати певне уявлення про взаємозв'язок між споживчим правом та комерційним правом (тут і далі переклад наш. – *Р. П.*). Дехто розглядає споживче право як застосуван-

¹ Богдан В. В. Гражданско-правовое регулирование защиты прав потребителей в современной России: проблемы теории и практики : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Курск, 2015. 389 с. URL: <https://www.swsu.ru/ds/diss-swsu/Bogdan%20disser.pdf> (дата звернення: 14.06.2020).

ня загальних принципів комерційного права в конкретному контексті, хоча вони значною мірою змінені спеціальним споживчим законодавством¹. Але відмінності між ними двома видаються набагато фундаментальнішими, ніж передбачає цей підхід.

Тоді як комерційне право стосується транзакцій, в яких обидві сторони взаємодіють одна з одного у процесі ведення бізнесу, споживче право насамперед стосується правочинів між звичайними фізичними особами (споживачами) та тими, хто надає товари і послуги на комерційній основі. Тоді як комерційне право засноване на припущенні про те, що підприємці мають приблизно рівні можливості для ведення переговорів, споживче право передбачає, що споживач і господарське товариство (business enterprise) є економічно нерівними. А також, коли комерційне право є благополучним для бізнесменів, щоб регулювати їх власні справи за допомогою комерційного обороту, такий оборот відіграє лише периферійну роль у споживчих транзакціях. Ці фундаментальні відмінності у філософії означають, що, в той час як комерційне право не є інтервенціоністським і по суті є прагматичним за своєю природою, споживче право втручається у договори між споживачами та бізнес-постачальниками та, по суті, є інструментом соціальної політики².

У цьому контексті також доцільно навести міркування В. І. Образцової, що договори за участю споживачів характеризуються і низкою специфічних властивостей. Це перш за все обмеження свободи договору контрагентам споживачів, нерівність учасників договору, визначення змісту договору переважно імперативними нормами і встановлення судового контролю над його змістом, визначення специфічних форм і способів, спрямованих на охорону і захист інтересів споживачів, наприклад, покладання на контрагентів споживачів інформаційного обов'язку, надання споживачам права, як на мотивовану, так і невмотивовану відмову від договору тощо. Така пильна увага держави і суспільства до охорони і захисту прав і інтересів споживачів зумовлена як важливістю охорони і захисту відповідних прав та інтересів, так і необхідністю забезпечення в суспільстві соціальної стабільності і політичної

¹ Reynolds F. The Applicability of General Rules of Private Law to Consumer Disputes in S. Andermann et al (eds) *Law and The Weaker Party*. 1982. Vol. 2. P. 93–110.

² Commercial law : text, cases, an materials / L. S. Sealy, R. J. A. Hooley. 4th ed. 2009, P. 16.

безпеки держави¹. Наведена позиція заслуговує на підтримку, оскільки автором доволі ґрунтовно наведено специфічні властивості споживчих договорів (*проте ми маємо інше бачення свободи договору*), які загалом фактично відокремлюють ці договори від інших. При цьому позитивно слід відмітити згадку того факту, що належний ступінь охорони та захисту прав споживачів фактично призводить до забезпечення прав і свобод людей як суспільства загалом, чим досягається рівня правової держави. А відповідно до конституційної максими, що міститься в ст. 1 Основного Закону Держави Україна є суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова держава.

Водночас слід навести доволі влучне висловлювання професора О. Бар-Джила (О. Bar-Gill), який зауважив, що фізичні особи роблять помилки. Вони страждають від недосконалої інформації та недосконалої раціональності, і, отже, можуть не зробити вибір, який максимізує їх вподобання. Мало хто ставить під сумнів істинність цього твердження. Навіть найбільш наполегливі критики поведінкової економіки визнають, що люди «часто роблять серйозні помилки у вирішенні важливих питань»². Питання не в тому, чи роблять люди помилки. Звичайно, вони роблять. Питання полягає в тому, чи заслуговують ці помилки юридичного втручання³.

На переконання Організації економічного співробітництва та розвитку споживчі закони, політики і практики обмежують шахрайські та оманливі дії, а також недобросовісну комерційну поведінку. Такі заходи захисту є необхідними для формування довіри споживачів та встановлення більш збалансованих відносин між бізнесом та споживачами в комерційних транзакціях⁴. Водночас, як слушно зазначив

¹ Образцова В. И. Гражданско-правовые проблемы самозащиты как формы защиты прав потребителей. *Проблемы экономики и юрид. практики*. 2018. № 5. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/grazhdansko-pravovye-problemy-samozaschity-kak-formy-zaschity-prav-potrebiteley> (дата звернення: 13.06.2020).

² Richard A. Epstein, Behavioral Economics: Human Errors and Market Corrections, 73 U. CHI. L. REV. 111, 111 (2006) [hereinafter Epstein, Behavioral Economics]. Цит. за: Bar-Gill Oren. (2008). The behavioral economics of consumer contracts. *Minnesota law review*. 92. 749–802. URL: https://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2011/08/Bar-Gill_final.pdf (дата звернення: 13.06.2020).

³ Bar-Gill O. (2008). The behavioral economics of consumer contracts. *Minnesota law review*. 92. 749–802. URL: https://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2011/08/Bar-Gill_final.pdf (дата звернення: 13.06.2020).

⁴ The Recommendations of the OECD Council Concerning Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce, 1999. URL: <http://www.oecd.org/internet/consumer/34023235.pdf> (дата звернення: 13.06.2020).

С. Ю. Баранов, регулювання державою відносин за участю споживачів за допомогою спеціального законодавства про захист прав споживачів, що частково обмежує цивільні права контрагентів споживачів (продавців, виробників, виконавців), поряд із забезпеченням свободи економічної діяльності, є однією зі складових внутрішньої економічної функції держави¹. Таким чином, можна констатувати, що належні охорона та захист прав фізичної особи призводить до охорони та захисту прав суспільства в цілому.

У контексті розуміння сутності споживчих відносин та необхідності державного втручання в такі відносини з метою належного забезпечення охорони та захисту прав споживачів у договірних зобов'язаннях слід навести позицію Конституційного Суду України, викладену у його рішенні № 15-рп/2011 від 10 листопада 2011 р., а саме:

«Конституційний Суд України виходить також з того, що держава сприяє забезпеченню споживання населенням якісних товарів (робіт, послуг), зростанню добробуту громадян та загального рівня довіри в суспільстві. Разом з тим споживачу, як правило, об'єктивно бракує знань, необхідних для здійснення правильного вибору товарів (робіт, послуг) із запропонованих на ринку, а також для оцінки договорів щодо їх придбання, які нерідко мають вид формуляра або іншу стандартну форму (частина перша статті 634 Кодексу). Отже, для споживача існує ризик помилково чи навіть унаслідок уведення його в оману придбати не потрібні йому кредитні послуги. Тому держава забезпечує особливий захист більш слабого суб'єкта економічних відносин, а також фактичну, а не формальну рівність сторін у цивільно-правових відносинах, шляхом визначення особливостей договірних правовідносин у сфері споживчого кредитування та обмеження дії принципу свободи цивільного договору. Це здійснюється через встановлення особливого порядку укладення цивільних договорів споживчого кредиту, їх оспорування, контролю за змістом та розподілу відповідальності між сторонами договору. Тим самим держава одночасно забезпечує добросовісного продавця товарів (робіт, послуг) від можливих зловживань з боку споживачів»².

¹ Баранов С. Ю. Гражданско-правовые средства охраны прав потребителей : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Саратов, 2012. 29 с. URL: <http://test.ssla.ru/dissertation/referats/22-02-2012-1.pdf> (дата звернення: 14.06.2020).

² Рішення Конституційного Суду України № 15-рп/2011 від 10.11.2011 у справі за конституційним зверненням громадянина Степаненка Андрія Миколайовича щодо

У цьому рішенні Конституційний Суд України доволі однозначно констатував факт, що у відносинах споживчого кредитування: 1) споживач є більш слабким суб'єктом економічних відносин; 2) фактична рівність сторін у таких цивільно-правових відносинах забезпечується саме державним втручанням у такі відносини. Отже, беручи до уваги той факт, що відносини споживчого кредитування є також споживчими відносинами, зазначений висновок можна екстраполювати на споживчі відносини загалом.

У доктрині цивільного права також висвітлювалися схожі міркування. Так, на переконання В. В. Богдан, забезпечення правового балансу інтересів сторін має досягатися, з одного боку, шляхом надання додаткових («особливих») прав споживачу, підвищенням їх захистом, з другого – не повинно сприяти розвитку зловживань наданими їм законом правами з метою використання свого пріоритетного становища з недобросовісними намірами¹.

Крім того, слід зауважити, що наведене рішення Конституційного Суду України є яскравою ілюстрацією врахування інтересів обох сторін споживчого договору, а не лише споживача. Така позиція видається слушною, оскільки державна інтервенція в споживчі відносини, хоча і повинна захищати фізичну особу, однак не повинна допускати зловживання правом такою особою. Тобто державне втручання має бути спрямоване на досягнення справедливого балансу інтересів учасників споживчих договірних зобов'язань.

Говорячи про посилений захист прав споживачів у договірних зобов'язаннях, неможливо не відмітити прямий зв'язок такого захисту зі споживчими правами фізичної особи. Так, як слушно зазначає А. В. Рабінович, фундаментальним, невід'ємним проявом існування кожної людини є споживання нею різноманітних матеріальних і нематеріальних (духовних, соціальних) благ, тобто її споживча діяльність. Мабуть, не буде особливим перебільшенням стверджувати,

офіційного тлумачення положень пунктів 22, 23 статті 1, статті 11, частини восьмої статті 18, частини третьої статті 22 Закону України «Про захист прав споживачів» у взаємозв'язку з положеннями частини четвертої статті 42 Конституції України (справа про захист прав споживачів кредитних послуг). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-11> (дата звернення: 07.06.2020).

¹ Богдан В. В. Гражданско-правовое регулирование защиты прав потребителей в современной России: проблемы теории и практики : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Курск, 2015. 389 с. URL: <https://www.swsu.ru/ds/diss-swsu/Bogdan%20diss.pdf> (дата звернення: 14.06.2020).

що буття людини – це насамперед її споживання. Не вдаючись до тієї чи іншої споживчої діяльності, жоден не може жити, існувати. Можливості здійснювати споживчу діяльність відображаються, зокрема, поняттям споживчих прав. Ці права (можливості) залежать, передусім, від досягнутого відповідним суспільством рівня розвитку – економічного, соціального, духовного тощо. Адже людина може споживати лише ті блага, які спродуковані в процесі суспільного виробництва (і матеріального, і духовного). Отже, зазначені можливості за їх походженням є загальносоціальними (соціально-природними). Інакше кажучи, вони являють собою загальносоціальні («природні») споживчі права людини¹.

Підтримуючи ідею природних прав споживача, зауважимо, що захист таких прав споживача як учасника договірних зобов'язань повинен базуватися на наданні пріоритету захисту саме фізичній особі як слабкій стороні споживчого договору. Отже, погоджуємося також із міркуванням В. Я. Горблянського, який зазначив, що можливість укладення споживчого договору споживачем – фізичною особою – підприємцем або юридичною особою задля задоволення особистих потреб її учасників, нівелює принцип «слабкої сторони» договору. Будучи юридично обізнаним суб'єктом договірних відносин, юридичні особи та фізичні особи – підприємці реалізують право на захист, не застосовуючи норми Закону, а в разі віднесення до споживачів наведених вище суб'єктів це може призвести до зловживання своїми правами як споживача².

На підставі аналізу наукових позицій, чинного законодавства, судової практики можна прийти до висновку, що саме природні права споживача та об'єктивна його незахищеність перед суб'єктом господарювання і є тими базисними факторами, що обумовлюють специфіку захисту прав фізичних осіб – споживачів у договірних зобов'язаннях. Ця специфіка виявляється в тому, що держава здійснює інтервенцію в споживчі договірні відносини з метою захисту прав фізичних осіб як вразливої сторони. При цьому враховуються різні інтереси обох сторін договору, чим забезпечується справедливий баланс таких інтересів.

¹ Рабінович А. В. Право людини на гідний рівень споживання та юридичний механізм його забезпечення в Україні (загальнотеоретичне дослідження) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Одеса, 2007. 18 с. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/handle/11300/984> (дата звернення: 14.06.2020).

² Горблянський В. Я. Договір про надання послуг як різновид споживчого договору. *Наук. вісн. Ужгород. нац. ун-ту. Серія: Право.* 2016. № 39 (1). С. 46–49. URL: http://www.visnyk-juris.uzhnu.uz.ua/file/No.39/part_1/13.pdf (дата звернення: 01.05.2020).

РОЗДІЛ 2

ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ З ПЕРЕДАННЯ МАЙНА У ВЛАСНІСТЬ

2.1. Загальні положення про договори купівлі-продажу

Упродовж існування всього людства договір купівлі-продажу був і є основою торгового обігу. Договір купівлі-продажу є найефективнішою та найбільш універсальною формою опосередкування торгово-грошових відносин, а тому зацікавленість науковців щодо його аналізу, змісту, тлумачення основних функцій тощо не применшується.

Основним завданням договорів про оплатну передачу майна (договорів купівлі-продажу) є формування цивілізованого ринку, зокрема й у сфері роздрібного товарообігу, де чільне місце посідають непорушність і захист прав та інтересів його учасників, що гарантується Конституцією України.

Відомо, що свого особливого значення договори купівлі-продажу набули за умов розвитку ринкових відносин. Серед найбільш поширених: договір роздрібної купівлі-продажу, договори поставки, контрактції сільськогосподарської продукції, постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, договір міни та ін. Однак, незважаючи на великий обсяг проведених наукових досліджень цих договорів, їх проблематика залишається невичерпною та актуальною. Саме завдяки договорам купівлі-продажу очевидною є динаміка переходу майна (товару) від одного учасника цивільних відносин до іншого. Зобов'язання із купівлі-продажу є найбільш застосовані у цивільному обороті.

Відносини купівлі-продажу в широкому розумінні регулюються гл. 54 ЦК України, Законом України «Про захист прав споживачів» від 12 травня 1991 р. (в редакції Закону від 1 грудня 2005 р.), а також іншими нормативними актами різної юридичної сили залежно від особ-

ливостей предмета договору, зокрема Законом України «Про цінні папери та фондовий ринок», Земельним кодексом України, Законом України «Про публічні закупівлі» та ін.

Відповідно до ст. 655 ЦК України за договором купівлі-продажу одна сторона (продавець) передає або зобов'язується передати майно (товар) у власність другій стороні (покупцеві), а покупець приймає або зобов'язується прийняти майно (товар) і сплатити за нього певну грошову суму. Положення наведеної статті містить загальний характер, а отже, має застосовуватися до усіх видів договорів купівлі-продажу, за умови, якщо вони не змінені конкретним договором або положеннями спеціального законодавства. Так, наприклад, у ч. 4 ст. 263 ГК України зазначено, що, зокрема, господарськими договорами купівлі-продажу опосередковується господарсько-торговельна діяльність. ГК України окремо регламентує відносини поставки, що виникають у зв'язку із здійсненням господарської діяльності взагалі і підприємницької діяльності зокрема. Додатково зазначимо й про застосування положень Конвенції Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 р., яка є частиною національного законодавства (ст. 10 ЦК України).

За своєю правовою характеристикою договір купівлі-продажу є консенсуальним, двостороннім (взаємним), відплатним. Його мета полягає в оплатному відчуженні майна (товару) від однієї сторони та передання його у власність іншій стороні.

Зважаючи на те, що не всі учасники цивільних відносин можуть набувати майно (товар) на праві власності, серед таких майно державного чи комунального унітарного підприємства, що знаходиться відповідно у державній або комунальній власності (ст. 73 та ст. 78 ГК України) або відповідно до ст. 76 ГК України, майно казенного підприємства закріплюється за ним на праві оперативного управління, в правовій літературі пропонується доповнити дефініцію договору купівлі-продажу вказівкою на господарське чи оперативне управління¹.

Однак сьогодні аналіз сімнадцятирічного досвіду застосування положень ЦК України та ГК України, а також наукових дискусій, що тривають фактично від самого початку роботи над проектом ЦК Укра-

¹ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. / за заг. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. 6-те вид., перероб. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2019. Т. II. С. 203.

їни, судової практики розгляду спорів дають підстави для висновку про наявність системних суперечностей між положеннями зазначених кодифікованих актів, зокрема не лише в частині зобов'язальних правовідносин, а й щодо набуття права власності тощо, які істотно перешкоджають економічному розвитку нашої держави, зокрема розвитку законодавства відповідно до положень Угоди про асоціацію України та Європейського Союзу. Такий детальний аналіз викладено авторами у Віснику Національної академії правових наук України¹.

Як слушно зазначається у науковій статті, ГК України з огляду на його засадничі принципи суттєво обмежує розвиток та функціонування ринкових відносин в Україні, оскільки сама природа і методи регулювання господарського права історично були спрямовані на забезпечення функціонування планової економіки радянської держави. З формально-юридичної точки зору наявність у ГК України загальних положень унеможлиблює кваліфікацію цього Кодексу відповідно до ч. 2 ст. 4 ЦК України як акта цивільного законодавства, що регулює підприємницькі (в термінології ГК України – т. зв. «господарські») відносини.

Регулюванню майнових основ господарювання присвячено розд. III ГК України, який розпочинається гл. 14 «Майно суб'єктів господарювання». В її основу покладено розуміння права власності, що закріплене у кн. 3 «Право власності та інші речові права» ЦК України. Утім, як слушно зазначено, положення ст. 136 («Право господарського відання») і ст. 137 («Право оперативного управління») ГК України фактично віддзеркалюють регламентацію майнових відносини, яка була характерною для адміністративно-командної економіки, коли юридичній особі (як правило, державному або комунальному підприємству) майно передавалося не у власність, а на титулах, які являли собою його своєрідний замітник, ерзац. Юридична особа, якій майно надавалося на праві господарського відання або на праві оперативного управління, не могла вільно ним розпоряджатися або відповідати ним за своїми зобов'язаннями².

¹ Скасування Господарського кодексу України: потенційні наслідки та необхідні передумови / Н. С. Кузнецова, О. О. Кот, А. Б. Гриняк, М. Д. Пленюк. *Вісн. Нац. акад. прав. наук України* / редкол.: В. Тацій та ін. Харків : Право, 2020. Т. 27, № 1. С. 16.

² Там само. С. 26.

У науковому коментарі до ГК України вказується, що «право господарського відання» є однією з правових форм реалізації права власності. Право господарського відання дуже схоже з правом власності, але його не можна ототожнювати з правом власності... , право господарського відання – це право, яке залежить від права власності, є похідним від нього. Право господарського відання обмежене не тільки законом, але й приписами правовстановлюючих документів, які затверджує власник... Право господарського відання... розуміється як речове право суб'єкта господарювання, який володіє, користується і розпоряджається майном, закріпленим за ним власником (уповноваженим ним органом), з обмеженням правомочності розпорядження щодо окремих видів майна за згодою власника у випадках, передбачених ГК України та іншими законами»¹.

Такий аналогічний підхід визначено і до права оперативного управління, яке є похідним, вторинним правом. Воно є ще більш обмеженим, ніж право господарського відання, наприклад, цілями діяльності суб'єкта цього права, завданнями власника, цільовим призначенням майна, що належить йому на праві оперативного управління, повноваженнями щодо розпорядження зазначеним майном².

Щоразу, враховуючи реалії нашого часу, як слушно зазначено авторами у науковій статті журналу Вісник НАПрН України, слід розуміти, що українська економіка відповідно до прийнятих нашою державою зобов'язань перед міжнародним співтовариством об'єктивно має відповідати усталеним світовим підходам не лише до організаційно-правових форм юридичних осіб, але й до відносин власності. Адже положення ЦК України не тільки детально регламентують право власності (закріплюють поняття, гарантії, підстави набуття, переходу, припинення тощо), але й встановлюють загальні підходи щодо користування чужим майном – йдеться передусім про оренду та довірче управління. Саме тому вважається, що інститут управління майном, який став однією із новел ЦК України, є абсолютно зрозумілим для країн з розвинутою економікою та може повноцінно виконувати функції інструмента з передачі майна власником (зокрема, і державою) юридичним особам публічного права для виконання ними відповідних

¹ Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / за заг. ред. В. С. Щербини, Н. Б. Пацуриї. Київ : Юрінком Інтер, 2019. 816 с.

² Там само.

функцій¹. Вважається, що інститут управління майном здатний повністю замінити застарілі радянські підходи, зокрема «право господарського відання» та «право оперативного управління». З огляду на це доходимо висновку, що положення ст. 655 ЦК України відповідає сучасним вимогам часу та не потребує будь-яких доповнень.

Щодо сторін договору купівлі-продажу варто зазначити, що продавцем, відповідно до ст. 2 ЦК України, може бути будь-який учасник цивільних відносин (ст. 2 ЦК України), який відчужує майно, що знаходиться у його власності. Як відомо, в окремих випадках законодавець до особи продавця ставить і додаткові вимоги. Так, зокрема, у випадку роздрібної купівлі-продажу продавцем має бути учасник, що здійснює підприємницьку діяльність з продажу товарів (ст. 698 ЦК України). За деякими видами договорів продавець може мати й іншу назву: за договором поставки – постачальник (ст. 712 ЦК України); виробник сільськогосподарської продукції за договором контрактації сільськогосподарської продукції (ст. 713 ЦК) та ін. При цьому слід зазначити, що незалежно від назви учасника за договором, особи є продавцями, основна функція яких передати майно (товар) у власність іншій стороні (покупцеві).

Серед обов'язків, які лежать на продавцеві, можна виокремити: а) обов'язок, який випливає з конструкції ст. 655 ЦК України, передання права власності на покупця; б) обов'язок передання покупцеві разом із товаром його приналежності та документи (наприклад, технічний паспорт, сертифікат тощо), що стосуються товару (ст. 662 ЦК України); в) обов'язок попередити покупця про всі права третіх осіб на товар, що продається (право наймача, право застави, право довічного користування тощо); г) обов'язок збереження до передання покупцеві продане майно (товар), не допускаючи його погіршення (ст. 667 ЦК України) та ін.

До покупця за договором купівлі-продажу законодавством не встановлено жодних обмежень, зокрема ними можуть бути будь-які учасники цивільних відносин. Однак у випадках, якщо покупцями є малолітні або неповнолітні особи, до них встановлені певні обмеження

¹ Скасування Господарського кодексу України: потенційні наслідки та необхідні передумови / Н. С. Кузнецова, О. О. Кот, А. Б. Гриняк, М. Д. Пленюк. *Вісн. Нац. акад. прав. наук України* / редкол.: В. Тацій та ін. Харків : Право, 2020. Т. 27, № 1. С. 27.

(ст. 31 ЦК України). Додатково зауважимо, що певні обмеження існують й для іноземних громадян. Так, відповідно до ст. 81 Земельного кодексу України іноземці та особи без громадянства можуть набувати права власності на земельні ділянки лише несільськогосподарського призначення в межах населених пунктів, а також на земельні ділянки несільськогосподарського призначення за межами населених пунктів, на яких розташовані об'єкти нерухомого майна, що належать їм на праві приватної власності¹. У деяких випадках для отримання майна у власність слід дотримуватися певних дозвільних процедур (наприклад, в отриманні мисливської зброї, газового пістолета та ін.)².

Зважаючи на те, що відповідним правам однієї сторони кореспондують обов'язки іншої сторони, договір купівлі-продажу вважається взаємним (синалагматичним). Так, наприклад, згідно зі ст. 692 ЦК України покупець зобов'язаний оплатити товар після його прийняття або прийняти товаророзпорядчі документи на нього, якщо договором або актами цивільного законодавства не встановлений інший строк оплати товару. Договором купівлі-продажу може передбачатися попередня оплата товару, тобто оплата товару до його прийняття (ст. 693 ЦК України), в тому числі й часткова – на умовах авансу чи завдатку, оплата товару в момент укладення договору або в строк, що ним визначається, надання товарів на умовах товарного кредиту тощо.

Питання оплати покупцем майна безпосередньо пов'язане із встановленням ціни останнього. Так, згідно зі ст. 691 ЦК України покупець зобов'язаний оплатити товар за ціною, встановленою у договорі купівлі-продажу. Слід зазначити, що ціна, виходячи зі змісту наведеного положення не є істотною умовою договору купівлі-продажу. Вважається, що якщо ціна у договорі не встановлена і не може бути визначена, виходячи з його умов, вона визначається, виходячи із звичайних цін, що склалися на аналогічні товари, роботи або послуги на момент укладення договору. Додатково зазначимо про абсолютно інший підхід у ГК України, де ціна є істотною умовою у господарському договорі, в тому числі договору купівлі-продажу, що укладається у зв'язку зі

¹ Земельний кодекс України. *Відом. Верхов. Ради України*. 2002. № 3–4. Ст. 27. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2768-14#Text> (дата звернення: 17.07.2020).

² Спеціальний порядок набуття права власності громадянами на окремі види майна (Додаток №2 до Постанови Верховної Ради України «Про право власності на окремі види майна» від 17 червня 1992 р. №2471-XII).

здійсненням господарської діяльності (ч. 3 ст. 180 ГК України та ч. 2 ст. 189 ГК України).

Згідно з ч. 2 ст. 691 ЦК України якщо ціну встановлено залежно від ваги товару, вона визначається за вагою нетто, якщо інше не встановлено договором купівлі-продажу.

Згідно зі ст. 632 ЦК України ціна в договорі встановлюється за домовленістю сторін. У випадках, встановлених законом, застосовуються ціни (тарифи, ставки тощо), які встановлюються або регулюються уповноваженими органами державної влади або органами місцевого самоврядування.

На відміну від ціни договору купівлі-продажу, яка не є істотною умовою, предмет договору, навпаки, є істотною умовою.

Предметом договору купівлі-продажу може бути товар, який є у продавця на момент укладення договору або буде створений (придбаний, набутий) продавцем у майбутньому (ч. 1 ст. 656 ЦК України). Слід зазначити, що на відміну від ст. 179 ЦК України та ст. 190 ЦК України, в яких містяться визначення «річ» та «майно», у ст. 656 ЦК України поняття «товар» відсутнє. Його розуміння викладене у ст. 139 ГК України, де звернено увагу, що товарами у складі майна суб'єктів господарювання є: вироблена продукція (товарні запаси), виконані роботи та послуги. Однак відсутність такого розуміння зовсім не свідчить про обмеженість предмета у договорі купівлі-продажу. Вважається, що під поняттям товару як предмета договору купівлі-продажу слід розуміти як річ, сукупність речей, так і майно, майнові права. Положення ст. 656 ЦК України не обмежують предмет договору купівлі-продажу лише товаром, що є в наявності у продавця. Правовий режим предмета стосуватиметься й товару, що буде створений (придбаний, набутий) у майбутньому.

До наведеного вище зазначимо, що не увесь товар (майно тощо) може бути об'єктом договору купівлі-продажу. Законом встановлено й певні обмеження щодо нього. Так, зокрема, не можуть перебувати у приватній власності, а отже, не можуть бути предметом договору купівлі-продажу об'єкти права виключної власності народу України, до яких належать земля, її надра, повітряний простір, водні та інші природні ресурси її континентального шельфу та виключної (морської) економічної зони (ст. 13 Конституції України)¹.

¹ Повний перелік видів майна, що не можуть перебувати у власності громадян тощо, наданий у Постанові Верховної Ради України «Про право власності на окремі види майна» від 17 червня 1992 р. №2471-ХІІ.

Крім цього зазначимо, що майнові права, про які йдеться у ч. 2 ст. 656 ЦК України, з одного боку, відповідають принципу свободи договору купівлі-продажу, а з другого – породжують певну низку неузгодженостей. Так, наприклад, відповідно до п. 2 до ст. 190 ЦК України майнові права вважаються речовими правами, які за своєю правовою природою визначаються неспожитою річчю. Однак у правовій доктрині стверджується, що до майнових прав слід відносити й зобов'язальні, корпоративні, виключні права. На думку Р. А. Майданика, майнові правовідносини становлять майнову частину цивільних правовідносин, об'єкт яких становлять конкретні речі (речові права) та окремі майнові права (зобов'язальні, корпоративні, майнові права інтелектуальної власності)¹. У свою чергу, О. А. Халабуденко вважає, що приналежність матеріальних благ приватній особі у вигляді сукупності належних певним фізичним і юридичним особам майнових прав та обов'язків (піддаються оцінці в грошовому вираженні), що може розглядатися як сума активних і пасивних цінностей, тісно пов'язаних між собою, слід розуміти майном². Ми ж підтримуємо позицію, що речові права, які тісно пов'язані з річчю, у свою чергу, корпоративні – з цінними паперами, не можуть бути предметом договору купівлі-продажу, адже такі права переходять виключно у зв'язку з переходом вказаних об'єктів. Тому доходимо висновку, що предметом договору купівлі-продажу можуть бути лише зобов'язальні та виключні майнові права. Крім наведеного, звернемо увагу, що оскільки предметом договору купівлі-продажу є майнові права, а не обов'язки, при цьому сам договір вважається взаємним (синалагматичним) уступка майнових права, які ґрунтуються на взаємному договорі, є можливою тільки у разі, коли продавець виконав усі покладені на нього обов'язки, а також зобов'язання, що виникають із заподіяння шкоди, авторські права³. В односторонніх договорах така умова відсутня.

Заради справедливості зазначимо, що у практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) термін «майно» використовується в широкому розумінні. Так, зокрема, у ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод ЄСПЛ викорис-

¹ Майданик Р. А. Розвиток приватного права України : монографія. Київ : Алерта, 2016. С. 180.

² Халабуденко О. А. Имущественные права. Кн. 1. Вещное право. Кишинев : Междунар. независимый ун-т Молдовы, 2011. С. 34.

³ Цивільне право України. Кн. 2. Київ, 1999. С. 16.

товується поняття «власність» як синонім до поняття «майно». Такий підхід виявляється через застосування у рішеннях ЄСПЛ, зокрема для розкриття таких категорій, як: прибуток, кошти, актив, гудвіл, речі, майно, яке становить економічну цінність. Наведений підхід щодо розуміння майна збігається за змістом розуміння й української доктрини права, адже майном також вважається окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки (ст. 190 ЦК України).

Ураховуючи те, що в доктрині приватного права об'єкти цивільного права поділяють на існуючі та майбутні, в практиці ЄСПЛ виокремився ще один вид майна – законні (правомірні, легітимні) очікування. Такий підхід зовсім не характерний для українського законодавства. Однак, як слушно зазначає А. С. Сліпченко, євроінтеграція України вимагатиме від українських судів використання терміна «майно» і в контексті практики ЄСПЛ, в тому числі й аналоги такого виду майна, як правові очікування¹.

Ураховуючи те, що у своєму загальному розумінні поняття «законні (правомірні, легітимні) очікування» розуміються як підстава того, що належне майнове право згодом буде реалізоване і особа отримає майно (майнову вигоду), то цілком можливим у майбутньому буде застосування такого підходу й до окремих видів договору купівлі-продажу, зокрема договору контрактації сільськогосподарської продукції тощо. Адже справедливим видається те, що контрактант має правомірні очікування того, що належне виконання обов'язків боржника приведе до появи у нього певних речей, майна, майнової вигоди.

Частиною 4 ст. 656 ЦК України встановлено, що правовий режим загальних положень договору купівлі-продажу поширюється й у випадках укладення договору купівлі-продажу на аукціонах, біржах, конкурсах, публічних торгах, купівлі-продажу валютних цінностей та цінних паперів тощо. У кожного із наведених видів особливості щодо укладення договорів купівлі-продажу передбачені спеціальним законодавством. Так, наприклад, до істотних особливостей договору купівлі-продажу на біржі, відповідно до Закону України «Про товарну

¹ Сліпченко А. С. Питання визначення поняття «майно». *Проблеми цивільного права та процесу* : тези доп. учасн. наук.-практ. конф., присвяч. 95-й річниці від дня народження О. А. Пушкіна (Харків, 22 трав. 2020 р.) / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ ; Харків. облас. осередок Всеукр. громад. організації «Асоціація цивілістів України». Харків : ХНУВС : Право, 2020. С. 277–282.

біржу)¹, відносять насамперед те, що договір купівлі-продажу може укладатися лише членами біржі та підлягає обов'язковій реєстрації не пізніше наступного за укладенням договору дня. Певна специфіка укладення договору купівлі-продажу простежується й щодо укладення таких договорів на аукціонах, відповідно до Положення про функціонування фондових бірж, затверджене рішенням НКЦПФР від 22 листопада 2012 р. № 1688)², а також у Законі України «Про публічні закупівлі»³, Законом України «Про цінні папери та фондовий ринок»⁴ та ін.

У спеціальних видах договору купівлі-продажу також відокремлені особливості укладення, серед яких договір роздрібної купівлі-продажу (§ 2 гл. 54 ЦК України), договори поставки (§ 3 гл. 54 ЦК України), договори контрактації сільськогосподарської продукції (§ 4 гл. 54 ЦК України), договори постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу (§ 5 гл. 54 ЦК України), договори міні (§ 6 гл. 54 ЦК України).

Зважаючи на те, що сучасний технічний прогрес зумовлює появу все нових різновидів договору купівлі-продажу товарів, особливості їх укладення також можуть бути передбачені у спеціальному законодавстві. Серед таких, наприклад, дистанційний договір роздрібної купівлі-продажу товарів. Так, на думку А. О. Паснок, дистанційний договір купівлі-продажу товарів укладають на підставі ознайомлення покупця з описом характеристик товару, розміщеним у буклеті, каталозі чи трансльованим у мережах зв'язку, або іншими способами, що унеможливають безпосереднє випробування покупцем функціональних властивостей товару чи його зразка перед укладенням договору, а укладення договору відбувається з використанням засобів дистанційного зв'язку (телефон, радіо, телебачення, Інтернет тощо) за одно-

¹ Про товарну біржу : Закон України від 10.12.1991 № 1956-XX. *Відом. Верхов. Рад України*. 1992. № 10. Ст. 139. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1956-12#Text> (дата звернення: 17.07.2020).

² Про затвердження Положення про функціонування фондових бірж : рішення Нац. комісії з цін. паперів та фонд. ринку від 22.11.2002 № 1688. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z2082-12#Text> (дата звернення: 16.07.2020).

³ Про публічні закупівлі : Закон України. *Відом. Верхов. Ради України*. 2016. № 9. ст. 89. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19#Text> (дата звернення: 15.06.2020).

⁴ Про цінні папери та фондовий ринок : Закон України від 23.02.2006 № 3480-IV. *Відом. Верхов. Ради України*. 2006. № 31. Ст. 268. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3480-15#Text> (дата звернення: 16.07.2020).

часної фізичної відсутності сторін у їх місцезнаходженні один щодо одного¹. На нашу думку, наведений різновид договору купівлі-продажу в сучасних умовах покликаний якнайповніше задовольняти потреби суспільства в якісних та насамперед безпечних для здоров'я та життя умовах. Дистанційний договір купівлі-продажу, як і будь-які інші договори купівлі-продажу, є фінальною правовою формою торгового обслуговування населення, забезпечуючи потрапляння товарів для споживання та інших потреб учасників цивільних відносин.

Предмет договору купівлі-продажу характеризується певними якісними та кількісними показниками, показниками щодо асортименту, комплектності, упакування тощо. Такі показники, безумовно, належать до умов договору купівлі-продажу, які можуть, за бажанням сторін, набувати характеру істотних умов цього договору.

Так, за статтями 669–670 ЦК України продавець повинен передати покупцеві товар у кількості, що встановлена договором купівлі-продажу. Кількість товару, який продається, встановлюється у договорі купівлі-продажу у відповідних одиницях виміру або грошовому вимірі. У разі передачі продавцем меншої кількості товару, ніж це встановлено у договорі, покупець має право вимагати передання кількості товару, якої не вистачає, або відмовитися від переданого товару та його оплати. У разі, якщо товар оплачений – вимагати повернення сплаченої грошової суми.

За статтями 671–672 ЦК України продавець передає покупцю товар в асортименті, погодженому сторонами, якщо за договором купівлі-продажу переданню підлягає товар у певному співвідношенні за видами, моделями, розмірами, кольорами або іншими ознаками. Якщо продавець передав товар в асортименті, що не відповідає умовам договору купівлі-продажу, покупець має право відмовитися від його прийняття та оплати, а якщо він уже оплачений – вимагати повернення сплаченої суми коштів назад.

Якщо покупець не відмовився від товару, асортимент якого не відповідає умовам договору купівлі-продажу, він зобов'язаний оплатити його за ціною, погодженою з продавцем.

Продавець передає майно (товар) покупцеві. Так, згідно зі ст. 662 ЦК України продавець повинен одночасно з товаром передати покуп-

¹ Паснок А. О. Договір роздрібної купівлі-продажу товарів за законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2018. С. 26.

цеві його приналежності та документи (сертифікат якості, технічний паспорт тощо), які стосуються товару та підлягають переданню разом із товаром відповідно до договору або актів цивільного законодавства. Відповідно до ст. 664 ЦК України моментом виконання обов'язку продавця передати товар вважається: а) вручення товару покупцеві, якщо договором встановлений обов'язок продавця доставити товар; б) надання товару в розпорядження покупця, якщо товар має бути переданий покупцеві за місцезнаходженням товару. Договором купівлі-продажу може бути встановлений і інший момент виконання продавцем обов'язку передати товар.

Із моментом передання предмета договору купівлі-продажу тісно пов'язаний момент переходу ризику випадкового його знищення або пошкодження від продавця до покупця. Статтею 668 ЦК України встановлено, що такий ризик переходить до покупця з моменту передання йому товару, якщо інше не встановлено договором або законом. При цьому слід зазначити, що ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження товару, проданого під час його транспортування, переходить до покупця з моменту укладення договору купівлі-продажу, якщо інше не встановлено договором або звичаями ділового обороту.

Відповідно до ст. 658 ЦК України право продажу товару, крім випадків примусового продажу та інших випадків, встановлених законом, належить власникові товару. Якщо продавець товару не є його власником, покупець набуває право власності лише у випадку, якщо власник не має права вимагати його повернення. Отже, продавець передає товар покупцеві у власність. При цьому на деякі товари законодавством України встановлений спеціальний порядок набуття права власності. Так, наприклад, на придбання вогнепальної мисливської зброї органами внутрішніх справ за місцем проживання особи надається відповідний дозвіл, враховуючи її вік тощо. На об'єкти, що перебувають на державному обліку, як пам'ятки історії культури та мистецтва надається дозвіл спеціально уповноваженими державними органами охорони пам'яток історії та культури.

Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо корпоративних договорів»¹ було внесено зміно до ЦК

¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо корпоративних договорів : Закон України від 23.03.2017 № 1984-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1984-19#Text> (дата звернення: 17.07.2020).

України, зокрема поміщено у ст. 658¹, відповідно до якої сторони договору купівлі-продажу можуть домовитися, що одна сторона придбає в іншої право розірвати цей договір в односторонньому порядку. Договір купівлі-продажу є розірваним, якщо сторона, яка набула відповідно до ч. 1 цієї статті право розірвати договір, протягом визначеного строку не заявить вимогу про виконання договору. Сторони можуть обумовити розірвання договору купівлі-продажу вчиненням цією стороною певних дій або настання певних обставин протягом визначеного строку або у визначений час.

Положення цієї статті насамперед мали на меті врегулювання правовідносин, що виникають у зв'язку з внесенням до корпоративних договорів між учасниками вийти з такої юридичної особи, здійснивши відчуження своєї частки (акцій), або, навпаки, збільшити свою частку у статутному капіталі юридичної особи за заздалегідь погодженою ціною.

Ураховуючи розташування цієї норми серед загальних положень § 1 гл. 54 ЦК України, вважається, що придбання права на одностороннє розірвання договору можна застосовувати й до договору поставки, роздрібною купівлі-продажу, контрактації сільськогосподарської продукції, постачання енергетичних та інших ресурсів через приєднану мережу, міни тощо. Однак, як слушно зазначено у коментарі до ЦК України, придбання права на одностороннє розірвання договору є спеціальним випадком одностороннього розірвання договору¹.

Загальні умови одностороннього розірвання договору передбачені ч. 1 ст. 651 ЦК України, яка передбачає, що розірвання договору допускається лише за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або законом.

Положення ст. 658¹ ЦК України, які є новими у канві цивільного законодавства, вносять певний дисонанс, адже надають підстави для дещо іншої інтерпретації конструкції одностороннього розірвання договору, зокрема в позасудовому порядку. Так, наприклад, ураховуючи те, що правова операція з придбання права власності підлягає оподаткуванню податком на додану вартість на підставі підп. «а» п. 14.1.185

¹ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. / за заг. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. 6-те вид. перероб. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2019. Т. II. С. 214.

Податкового кодексу України, такий податок має накладатися і на оплатність придбання права на розірвання договору купівлі-продажу. Крім того, угода, яка укладається на придбання права на одностороннє розірвання договору, може вважатися окремим договором купівлі-продажу, якому мають бути притаманні консенсуальність, двосторонність, оплатність, строковість тощо. У свою чергу, об'єктом такого договору буде право купівлі-продажу відповідного права.

У свою чергу, ч. 3 ст. 651 ЦК України передбачено, що в разі односторонньої відмови від договору договір є розірваним з моменту здійснення відповідного акту волевиявлення управненою стороною. Відповідно до ч. 2 ст. 658¹ ЦК України сторона, яка придбала право на одностороннє розірвання договору, має право заявити вимогу про його виконання, що виключає припинення відповідного договору купівлі-продажу. Отже, одностороннє розірвання договору має місце у момент, визначений договором про придбання права на одностороннє розірвання договору купівлі-продажу, за умови нез'явлення управненою стороною про виконання договору купівлі-продажу¹.

Ураховуючи те, що правові наслідки розірвання договорі на підставі придбання права на одностороннє розірвання договору стороною передбачені у ст. 653 ЦК України, зазначимо, що зобов'язання сторін первісного договору купівлі-продажу припиняються не з моменту досягнення домовленості між сторонами, а з моменту спливу строку (терміну), встановленого у договорі про придбання права на одностороннє розірвання договору, якщо управнена сторона не заявить про його виконання.

Договір на придбання права на одностороннє розірвання договору повинен укладатися у тій самій формі, в якій укладено первісний договір купівлі-продажу, якщо інше не встановлено договором або законом чи не впливає із звичаїв ділового обороту (ст. 654 ЦК України). Законодавством допускається можливість передбачити у первісному договорі положення про придбання права на одностороннє розірвання договору, а також укласти іншу додаткову угоду про це.

Слід зазначити, що оскільки у ст. 658¹ ЦК України не йдеться про порушення зобов'язання, то до неї не застосовуються положення про

¹ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. / за заг. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. 6-те вид. перероб. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2019. Т. II. С. 215.

односторонню відмову від зобов'язання відповідно до ст. 611 ЦК України.

Ураховуючи те, що передача майна у власність означає, що покупець, набуваючи у приватну власність певне майно, вільно володіє, користується та розпоряджається ним, слід зазначити, що у разі вилучення за рішенням суду товару у покупця на користь третьої особи на підставах, що виникли до продажу товару, продавець має відшкодувати покупцеві завдані збитки, якщо покупець не знав або не міг знати про наявність цих підстав (ст. 661 ЦК України).

Відповідно до ст. 697 ЦК України договором купівлі-продажу може бути встановлено, що право власності на переданий покупцеві товар зберігається за продавцем до оплати товару або настання інших обставин. У цьому разі покупець не має права розпоряджатися товаром, якщо інше не встановлено договором, законом або не впливає із призначення та властивостей товару. У разі, якщо покупець прострочив оплату товару, продавець має право вимагати від нього повернення товару. Продавець має право вимагати від покупця повернення товару також у разі ненастання обставин, за яких право власності на товар мало перейти до покупця.

Що ж до форми договору купівлі-продажу, то залежно від різновиду цього договору існує усна, письмова та нотаріально посвідчена.

Порядок укладення договору купівлі-продажу також залежить від різновиду цього договору. За загальним правилом договір купівлі-продажу вважається укладеним, коли між сторонами в потрібній у належних випадках формі досягнуто згоди зі всіх істотних умов (ст. 638 ЦК України). Особливості, передбачені договором роздрібною купівлі-продажу, зокрема з використанням автоматів продажу товарів, встановлені ч. 2 ст. 703 ЦК України, та вважається укладеним з моменту вчинення покупцем дій, необхідних для одержання товару. З огляду на наведене договір купівлі-продажу може бути як реальним (продавець передає, а покупець зобов'язується прийняти товар), так і консенсуальним (продавець зобов'язується передати, а покупець прийняти майно).

Ураховуючи вищенаведені істотні та особливі умови договору купівлі-продажу, зазначимо й про можливість існування випадкової умови, зокрема умови страхування товару. Так, відповідно до ст. 696 ЦК України договором може бути встановлений обов'язок продавця

або покупця страхувати товар. Якщо сторона, яка зобов'язана страхувати товар, не застрахувала його, друга сторона має право застрахувати товар і вимагати відшкодування витрат на страхування або відмовитися від договору. Вибір сторони, на яку покладено обов'язок страхування товару, може залежати від того, як у договорі сформульовано положення щодо передання товару покупцеві (ст. 663–664 ЦК України), а також переходу ризику, пов'язаного із проданим товаром (ст. 668 ЦК України). Так, наприклад, у сфері міжнародної торгівлі, зокрема Правила ІНКОТЕРМС, передбачають два види страхування, зокрема вартість страхування та фрахт, а також перевезення та страхування оплачено до... . Відповідно до цих Правил продавець зобов'язаний за власний рахунок застрахувати вантаж відповідно до договору купівлі-продажу на умовах надання права покупцю або іншій особі, яка володіє страховим інтересом щодо товару, заявляти вимоги безпосередньо до страховика, а також забезпечити покупця страховим полісом або іншим доказом страхового покриття витрат.

Другій стороні за договором купівлі-продажу законодавець також надає можливість самостійного вчинення дій, які зобов'язана була вчинити інша сторона, з вимогою відшкодування усіх витрат, пов'язаних із проведенням страхування товару. Враховуються й випадки, коли зобов'язана сторона здійснила страхування, однак із певними порушеннями вимог, визначених у договорі купівлі-продажу, зокрема страхування здійснювалося на меншу суму, або без урахування певних ризиків тощо. Друга сторона договору купівлі-продажу має право укласти додаткові договори страхування або взагалі відмовитися від договору.

Підсумовуючи, варто зазначити, що на сучасному етапі характерним є пошук моделей правового регулювання договірних зобов'язань, у тому числі й купівлі-продажу. Враховуючи значущість результатів роботи експертної групи, створеної для рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України, вбачаємо корисним вивчення у майбутньому з метою аналізу та дослідження можливостей використання для правового регулювання відносин купівлі-продажу, зокрема й прийняття спільних європейських норм та принципів, що надасть можливість створення європейської соціальної моделі, яка позиціонуватиметься як ідеал справедливості, зокрема для забезпечення захисту споживачів та малого бізнесу.

2.2. Договори постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу

Відносини, пов'язані з постачанням і використанням теплової, електричної енергії, а також інших видів енергії і природного газу, є невід'ємною частиною сучасного життя. Надійне й ефективне постачання енергетичних та інших ресурсів – основа поступального розвитку економіки держави і невід'ємний чинник забезпечення дотримання конституційних прав громадян¹. При цьому, враховуючи, що енергетичні та інші ресурси використовуються не тільки фізичними, а й юридичними особами, держава повинна забезпечувати захист прав усіх суб'єктів права власності (ч. 4 ст. 13 Конституції України).

Згадані відносини постачання енергетичними та іншими ресурсами опосередковуються договором та мають сьогодні окреме законодавче регулювання. Легальна дефініція договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу міститься у ст. 714 ЦК України. Так, відповідно до ч. 1 вказаної статті «за договором постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу одна сторона (постачальник) зобов'язується надавати другій стороні (споживачеві, абонентові) енергетичні та інші ресурси, передбачені договором, а споживач (абонент) зобов'язується оплачувати вартість прийнятих ресурсів та дотримуватись передбаченого договором режиму її використання, а також забезпечити безпечну експлуатацію енергетичного та іншого обладнання».

За загальним правилом ч. 2 ст. 714 ЦК України 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 сторін. При цьому ч. 3 цієї статті визначено, що законом можуть бути передбачені особливості укладення та виконання договору постачання енергетичними та іншими ресурсами.

¹ Топоркова М. М. Теплова енергія як об'єкт цивільних прав. *Право і Безпека*. 2010. № 5. С. 274–276. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pib_2010_5_66 (дата звернення: 29.06.2020).

Наведена норма окреслює специфіку правового регулювання відносин постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу. Водночас, зважаючи також на часткову наявність бланкетного характеру, фактично відсилає до ГК України та спеціальних законів України, якими регулюються договірні відносини у конкретній сфері (електроенергетика, тепло-, газо-, водо-, нафтопостачання тощо).

Разом із тим, звертаючись до ГК України, слід відмітити, що у його ч. 1 ст. 275 надано визначення подібного за суттю договору – договору енергопостачання. Так, відповідно до наведеної норми за договором енергопостачання енергопостачальне підприємство (енергопостачальник) відпускає електричну енергію, пару, гарячу і перегріту воду (далі – енергію) споживачеві (абоненту), який зобов'язаний оплатити прийняту енергію та дотримуватися передбаченого договором режиму її використання, а також забезпечити безпечну експлуатацію енергетичного обладнання, що ним використовується. Наведена дефініція договору енергопостачання дозволяє зробити висновок, що предмет цього договору є лише електрична енергія, пара, гаряча і перегріта вода. Тому, зауважимо, що договір енергопостачання є вужчим за змістом ніж договір постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу.

Як зазначила В. О. Криворучко, оптимальною базовою договірною конструкцією, яка має використовуватись для регулювання відносин, пов'язаних із реалізацією (придбанням) електричної й теплової енергій, є договір енергопостачання. Для всіх договірних моделей, передбачених новітнім законодавством про електроенергетику, якими оформлюються відносини з реалізації (придбання) електричної та теплової енергії, загальними залишаються об'єкт договору (енергія) і спосіб виконання зобов'язання (передача енергії може здійснюватися лише через приєднану мережу). Саме особливості об'єкта й предмета договору послужили основними видоутворюючими ознаками, що дали можливість виділити договір енергопостачання в окремий вид договору купівлі-продажу. Незважаючи на свою назву, договір купівлі-продажу (поставки) електричної енергії за своєю правовою природою не може кваліфікуватися як договір купівлі-продажу або договір поставки (у такому вигляді, як вони визначаються в Цивільному кодексі України). Отже, авторка вважає, що предмет цього договору та його

суб'єктний склад свідчать про те, що перед нами договір енергопостачання, відмінність якого від договору постачання енергетичних та інших ресурсів (передбаченого Цивільним кодексом України) зводиться до відсутності безпосереднього приєднання пристрою енергоприймача споживача до мереж енергозбутової організації за збереження загального принципу подачі електро- чи теплоенергії на енергоприймаючий пристрій споживача через приєднану мережу. Належність мережі не енергопостачальній, а мережевій організації означає лише зменшення кола прав та обов'язків за договором, проте не змінює його правову природу¹.

Загалом слушною є позиція дослідниці, за якою відносини, пов'язані із реалізацією (придбанням) електричної і теплової енергій можуть регулюватися договором енергопостачання. Однак не зовсім можна погодитися з тезою авторки, за змістом якої «відмінність договору енергопостачання від договору постачання енергетичними та іншими ресурсами (передбаченого Цивільним кодексом України) зводиться до відсутності безпосереднього приєднання пристрою енергоприймача споживача до мереж енергозбутової організації за збереження загального принципу подачі електро- чи теплоенергії на енергоприймаючий пристрій споживача через приєднану мережу». Так, авторка фактично виділяє договір енергопостачання в окремий договірний вид через специфічний об'єкт (енергію) та суб'єктний склад. Натомість, вважаємо, що суб'єктний склад не має впливати на кваліфікацію цих договорів, оскільки для їх кваліфікації не має жодного значення, чи постачальник енергії є одночасно її виробником (у цьому випадку є безпосереднє приєднання до установок постачальника), чи постачальник фактично перепродає енергію, однак забезпечує постачання енергії від установок виробника. При цьому наше бачення особливостей договірних відносин з постачання енергії можна обґрунтувати таким чином.

Договір енергопостачання за своєю природою спрямований на здійснення постачання саме певним видом енергії (електричної, теплової) через приєднану мережу, що свідчить про його особливість, яка обмовлена предметом договору та особливістю постачання енергії.

¹ Криворучко В. Характерні ознаки та особливості типологізації договорів з енергопостачання. *Visegrad journal on human rights*. № 1. PART 1. 2016. URL: http://vjhr.sk/archive/2016_1_1/22.pdf (дата звернення: 19.05.2020).

Так, предметом договору енергопостачання є енергія (електрична, теплова) як самостійний об'єкт цивільних прав та дії сторін договору, що забезпечують передачу і використання (споживання) енергії. Водночас специфіка способу виконання договору енергопостачання проявляється в тому, що без наявності приєднаної мережі, установок постачальника енергії (електричної, теплової) та установок споживача¹ постачання енергії не може відбутися.

Таким чином, за договором енергопостачання здійснюються дії сторін щодо постачання специфічного об'єкта енергії (електричної, теплової) за схемою: постачальник – приєднана мережа – приймаючі установки споживача. А це обумовлює відмінність цього договору від інших договірних видів. Отже, виокремлення договору енергопостачання можливе не за об'єктом та суб'єктивним складом, а за об'єктом і способом виконання, оскільки без наявності приєднаної мережі ці договірні відносини взагалі неможливі.

В. В. Вітрянський зазначає, що предмет договору енергопостачання містить у собі два роди об'єкта, що виражаються у діях сторін щодо подачі енергії через приєднану мережу на енергоприймаючий пристрій абонента, прийняття енергії та її оплату, а також власне енергію як специфічний товар, суть якого становить властивість енергії виконувати певну роботу. Специфіка предмета договору енергопостачання, його відмінність від предмета зобов'язань, що впливають з інших видів договорів купівлі-продажу, полягає у такому. По-перше, передача товару споживачеві здійснюється шляхом подачі енергії через приєднану мережу на енергоустановку цього споживача (абонента); по-друге, на абонента покладаються додаткові обов'язки у зв'язку з використанням такого товару, як енергія: забезпечити дотримання режиму її споживання, безпеку експлуатації, що перебувають у його віданні, енергетичних мереж і справність використовуваних ним відповідних приладів і обладнання; по-третє, енергопостачальна організація наділяється додатковими правами у галузі контролю за технічним станом енергоустановки абонента, його приладів і обладнання;

¹ У нашому дослідженні під поняттям «споживач», у широкому його розумінні, слід розуміти фізичну або юридичну особу, однак на юридичну особу не поширюватиметься законодавство про захист прав споживачів. Водночас для характеристики фізичної особи, на яку поширюватиметься законодавство про захист прав споживачів, вживатиметься термін «фізична особа – споживач».

по-четверте, правове регулювання договору енергопостачання не вичерпується нормами, що містяться в цивільному кодексі. Навпаки, детальне регулювання зазначених правовідносин має забезпечуватися законами та іншими правовими актами про енергопостачання, а також прийнятими відповідно до них обов'язковими правилами¹. Такої ж думки дотримується й С. А. Фаустов².

Крім того, на переконання О. М. Шафіра у світлі сучасних досліджень є підстави стверджувати, що за моделлю договору на енергопостачання будуються відносини сторін з постачання через приєднану мережу не тільки електричної, теплової енергії та газом, але і нафтою, нафтопродуктами, водою та іншими товарами саме тому, що ці договори опосередковують специфічні економічні відносини, які (за аналогією з вищенаведеним терміном) можна назвати економічними відносинами, побудованими за моделлю енергопостачання. При цьому якщо економічні відносини з постачання електричної, теплової енергії та газу такою специфікою володіють об'єктивно в силу техніко-технологічних особливостей передачі зазначених видів продукції по приєднаній мережі, то у відносинах з постачання через приєднану мережу іншими товарами цей фактор відсутній³. Наведена дослідником позиція заслуговує на увагу, оскільки фактично є спробою підвести під спільний знаменник договори з різним об'єктами, такими як енергія, газ, вода тощо.

Разом із тим, вважаємо, що договір енергопостачання є різновидом договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, оскільки повністю охоплюється останнім. У випадку договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу його особливість проявляється через спосіб виконання (через приєднану мережу) і через групу специфічних об'єктів. Так, як

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга вторая: договоры о передаче имущества. Москва : Статут, 2006. С. 152.

² Фаустов С. А. Правовое регулирование электро- и теплоснабжения в системе энергоснабжения Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Москва, 2004. 211 с. URL: <http://www.aldebaran.com.ru/publications/8618> (дата звернення: 08.06.2020).

³ Шафир А. М. Понятие и система договоров на снабжение через присоединенную сеть. *Журн. рос. права*. 2016. № 1 (229). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/ponyatie-i-sistema-dogovorov-na-snabzhenie-cherez-prisoedinennuyu-set> (дата звернення: 08.06.2020).

було зазначено вище, електрична чи теплова енергія є специфічним об'єктом, що не дозволяє її ототожнити з водою, газом, нафтою чи нафтопродуктами. Однак слід зауважити, що отримані вода, газ, нафта чи нафтопродукти через приєднану мережу використовуються в значних кількостях і зазвичай з іншою метою, ніж якби такі об'єкти придбавалися в резервуарах, що свідчить про певну специфіку використання цих об'єктів.

У межах дослідження договору постачання енергетичними та іншими ресурсами насамперед слід звернути увагу на договір постачання електричної енергії. Так, С. Я. Вавженчук зазначає, що під договором на постачання електричної енергії слід розуміти правочин двох або більше осіб, спрямований на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків у сфері постачання електричної енергії за регульованим та нерегульованим тарифом¹. Водночас Р. С. Сергєєв слушно зазначив, що особливості договору постачання електричної енергії, які пов'язані із властивостями його об'єкта – електроенергії, зводяться до такого:

- 1) електроенергію неможливо накопичувати в значних кількостях і зберігати;
 - 2) процес виробництва електроенергії, як правило, безперервний і нерозривно пов'язаний з її споживанням, використанням і транспортуванням;
 - 3) електроенергія при передачі споживається та не може бути повернута;
 - 4) електроенергію можна передати тільки через об'єднану мережу².
- Таким чином, об'єктивно можна прийти до висновку, що договір постачання електричної енергії має свою специфіку. При цьому схожу специфіку має і договір постачання теплової енергії.

У цьому контексті слід навести міркування Д. В. Головкиної, яка запропонувала під договором постачання теплової енергії розуміти договір, за яким теплопостачальна організація зобов'язана подавати абоненту через приєднану мережу теплову енергію встановленої якос-

¹ Вавженчук С. Я. До питання договірної відповідальності за договорами на постачання електроенергії. *Повітряне і космічне право* : юрид. вісн. : наук. пр. Нац. авіац. ун-ту. Київ : Вид-во Нац. авіац. ун-ту «НАУ-друк», 2009. № 1 (10). С. 51.

² Сергєєв Р. С. Правові особливості договору про постачання електроенергії. *Правова держава = Правовое государство = Constitutional State* : наук. журн. 2008. № 10. С. 59.

ті і в кількості, що не перевищує технічні можливості трубопроводу, а абонент зобов'язаний оплачувати отриману теплову енергію, підтримувати належний технічний стан належних йому теплоприймаючих енергоустановок і іншого устаткування, дотримуватися режиму споживання і раціонально витратити теплову енергію¹.

Отже, договори постачання електричної та теплової енергії мають схожі риси щодо специфіки об'єкта договору. Однак у разі постачання газу, нафти чи води через приєднану мережу, ми не можемо однозначно поставити знак рівності між особливостями цих договорів, що пов'язані з їх об'єктом і особливостями договору постачання електричної енергії, які перелічені вище Р. С. Сергєєвим. Тобто при постачанні газу, нафти чи води відсутній специфічний об'єкт договору. Тобто саме в цих договорах специфіка об'єкта договору немає жодного значення для віднесення їх до договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу. Проте до визначальних їх особливостей можна віднести постачання через приєднану мережу.

У цьому контексті слід відмітити думку В. В. Луця, який під предметом договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу розуміє електричну енергію у вигляді електричного струму та теплову енергію у вигляді пари або гарячої (перегрітої) води, які є товарною продукцією, призначеною для купівлі-продажу². Водночас слід зауважити, що розвиток суспільних відносин дозволяє нам відносити до предмета цього договору не тільки енергію як енергетичний ресурс, але й інші ресурси, що не мають специфіки, притаманної енергії, але при цьому є предметом договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу.

Так, постачання газу, нафти, холодної чи гарячої води через приєднану мережу не доцільно розглядати як постачання певної енергії, однак можна розглядати в контексті постачання певного ресурсу. А кожен ресурс вже має свою специфіку при його постачанні через приєднану мережу. Наприклад, електрична та теплова енергія, що є спе-

¹ Головкина Д. В. Гражданско-правовое регулирование договора снабжения тепловой энергией в Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Москва, 2009. 29 с. URL: <https://www.dissercat.com/content/grazhdansko-pravovoe-regulirovanie-dogovora-snabzheniya-teplovei-energii-v-rossiiskoi-feder> (дата звернення: 07.06.2020).

² Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. 3-тє вид., перероб. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2008. Т. II. С. 287.

цифічним об'єктом, споживається в момент передачі шляхом надання певного блага та задоволення певних потреб споживача (світло, використання електричних приладів, тепло, забезпечення роботи виробництв тощо).

Водночас газ є більш матеріалізованим об'єктом, що робить його відмінним від електричної чи теплової енергії, однак як ресурс теж споживається в момент передачі, задовольняючи потреби споживача (приготування чи підігрів їжі, спалювання сміття, забезпечення окремих виробництв ресурсом нагріву чи горіння тощо). При цьому постачання газу теж має свої особливості, що дозволяє виділити його окреме договірне регулювання. Так, у цьому контексті слухним є міркування В. О. Криворучко, яка вказує, що правове регулювання правовідносин, що складаються під час постачання споживачам газу, останнім часом виходило з того, що зазначені відносини повинні опосередковуватись договором поставки газу, а не договором енергопостачання¹. Своєю чергою М. М. Топоркова формулює такі суттєві відмінності між договорами постачання побутовому споживачу природного газу і договорами купівлі-продажу, постачання:

1. На відміну від договору купівлі-продажу, договір газопостачання побутовому споживачу не передбачає окремих актів передачі товарів: спожитий газ як товар відбирається на підставі показань приладів обліку спожитого газу, а у випадках відсутності приладів обліку – на підставі затверджених норм споживання на кожного члена сім'ї. Газопостачальне підприємство зобов'язане забезпечувати безперебійне постачання природного газу побутовому споживачеві і надавати йому можливість отримувати його у будь-який час і в необмеженій кількості. Виняток становить тільки період усунення аварій або техногенних катастроф, через що неможливе укладання разових угод щодо постачання побутовому споживачу природного газу.

2. Договору постачання природного газу побутовому споживачу характерні невластиві договорам купівлі-продажу обов'язки газопостачальної організації щодо здійснення низки додаткових дій, спрямованих на здійснення контролю за технічним станом внутрішньобудинкових систем газопостачання, а також газового обладнання споживача.

¹ Криворучко В. Характерні ознаки та особливості типологізації договорів з енергопостачання. *Visegrad journal on human rights*. № 1. PART 1. 2016. URL: http://vjhr.sk/archive/2016_1_1/22.pdf (дата звернення: 19.05.2020).

3. Договорам постачання побутовому споживачу природного газу притаманні невластиві договорам купівлі-продажу обов'язки споживача: утримувати в належному стані внутрішньобудинкові системи газопостачання, а також прилади та інше газове обладнання¹.

До того ж газ та електроенергія можуть використовуватися і для забезпечення потреби споживача в теплі. Однак у цьому випадку такі правовідносини опосередковуються договором постачання газу як різновиду договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, а не договором енергопостачання.

Крім того, постачання холодної чи гарячої води через приєднану мережу вже має відмінний об'єкт договору, оскільки вода може і не споживатися у момент постачання. Водночас постачання холодної чи гарячої води також спрямоване на задоволення різноманітних потреб споживача (приготування їжі, миття, втамування спраги тощо). Тобто за цими договорами не постачається безпосередньо енергія, вони мають свою специфіку, що дозволяє відокремити їх від інших договорів. При цьому гаряча вода як об'єкт договору має ще й окремо свою особливість.

Про специфіку договору постачання гарячої води слушно зауважив Д. П. Гуйван. Так, автор зазначив, що під час виконання договору відбувається передача відповідного ресурсу як товару у власність від виробника (постачальника) до набувача (споживача). Разом із тим до складу правовідношення щодо постачання товару – гарячої води входять інші елементи, котрі мають ознаки надання послуг, такі як підігрів води, утримання та ремонт лічильників приєднаних мереж тощо. Також цьому договору не притаманні такі атрибути багатьох договорів купівлі-продажу, як гарантійний строк і строк придатності товару, умови щодо комплектації товару, тари і упаковки тощо. Автор робить висновок, що договір гарячого водопостачання як різновид договору постачання ресурсів через приєднану мережу, передбачених ст. 714 ЦК України, має змішаний характер².

¹ Топоркова М. М. *Правова природа договору газопостачання побутовому споживачу* *Юрид. наук. електрон. журн.* 2018. №2. С. 79 URL: http://lsej.org.ua/2_2018/21.pdf (дата звернення: 29.06.2020).

² Гуйван Д. П. *Цивільно-правове регулювання відносин з постачання гарячої води побутовому споживачу* : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2017. 20 с. URL: <http://dspace.univd.edu.ua/xmlui/handle/123456789/1948> (дата звернення: 29.06.2020).

Щодо постачання нафти та нафтопродуктів, то слід зауважити, що цей договір спрямований на задоволення потреб юридичної, а не фізичної особи. І хоча теоретично можна допустити постачання певного нафтопродукту на установку фізичної особи, наприклад, для забезпечення роботи пристрою, що вироблятиме тепло для будинку фізичної особи – споживача, вважаємо за доцільне розглядати цей договір як такий, що забезпечує потреби саме юридичної особи.

Постачання нафти чи нафтопродуктів також не має специфічного об'єкта (як електрична чи теплова енергія), однак цей ресурс може постачатися через приєднану мережу і задовольняти певні потреби юридичної особи (забезпечення виробництв вуглеводневими). При цьому зазначений ресурс може як споживатися в момент постачання, наприклад, для вироблення енергії, так і використовуватися з метою переробки для створення, наприклад, окремого нафтопродукту.

Таким чином, можна зробити висновок, що об'єкти договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу мають різну специфіку, однак всі ресурси спрямовані на задоволення потреб споживача в конкретному ресурсі чи щодо конкретного блага.

Незважаючи на той факт, що окремі ресурси можуть постачатися споживачам без приєднаної мережі, саме така мережа, на наше переконання, є одним із видоутворюючих критеріїв, що виділяють цей договір в межах договірному типу «купівля-продаж». Такий висновок можна зробити з простого факту, що за відсутності приєднаної мережі існування договірному виду постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу видається неможливим. При цьому, якщо з назви «договору енергопостачання» можна дійти висновку, що забезпечується постачання особи саме енергією, то з назви «договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу» закономірно слідує, що здійснюється саме постачання ресурсу (об'єкта) певній особі.

Цікавим є міркування А. М. Шафіра, який зауважив, що приєднана мережа і безперервний характер постачання по ній ресурсами не безпосередньо обумовлюють правову специфіку договорів на постачання товарами через приєднану мережу, а є причиною виникнення особливих економічних відносин, побудованих за моделлю енергопостачання. Зазначені економічні відносини в кінцевому підсумку визначають специ-

фіку договорів на постачання по приєднаній мережі товарами, які охоплюють процеси як передачі ресурсів, так і їх споживання, що і виділяє ці договори в системі цивільно-правових зобов'язань¹. Своєю чергою І. В. Єлісеєв слушно зазначив, що можливість передачі та споживання енергії тільки через приєднану мережу є однією з головних особливостей договору енергопостачання, яка дозволяє відрізнити його від подібних зобов'язань, наприклад поставки².

Дійсно, для укладення договору постачання енергетичними ресурсами через приєднану мережу особа (потенційний абонент) має дотримуватись встановлених вимог до приладів та обладнання, які використовуються для споживання та обліку енергії, а також правил приєднання до мережі. Тобто мають бути створені всі необхідні технічні передумови для укладення цього договору. Відсутність у абонента справної енергоустановки та іншого необхідного обладнання позбавляє його можливості реалізувати своє право на укладення цього договору з енергопостачальною організацією. Таке обмеження об'єктивно обумовлене способом енергопостачання через приєднану мережу³.

Доволі цікавим є міркування Н. Ю. Голубевої, яка зазначає, що енергопостачання, теплопостачання, водопостачання, газопостачання та постачання інших ресурсів через приєднану мережу можна розглядати як види договору постачання ресурсів через приєднану мережу. А специфічними ознаками договору, що дозволяють його виділити в окремий різновид договорів купівлі-продажу, є:

1) суб'єктами договору виступають: ресурсопостачаюча організація (особа, що отримала у встановленому порядку відповідну ліцензію, як

¹ Шафир А. М. Понятие и система договоров на снабжение через присоединенную сеть. *Журнал рос. права*. 2016. № 1 (229). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/ponyatie-i-sistema-dogovorov-na-snabzhenie-cherez-prisoedinennuyu-set> (дата звернення: 08.06.2020).

² Гражданское право : учебник : в 3 т. Т. 2 / Е. Ю. Валявина, И. В. Елисеев [и др.] ; отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. 4-е изд., перераб. и доп. Москва : ТК Велби : Проспект, 2005. 848 с. URL: http://romanpirogov1.narod.ru/olderfiles/1/Grazhdanskoe_pravo_v_3t_T2_pod_red-19714.pdf (дата звернення: 20.07.2020).

³ Накоренко В. П., Шевченко Я. М. Особливості укладення договору постачання енергетичними ресурсами через приєднану мережу в Україні : матеріали II Міжнар. наук.-практ. конференції «Правове регулювання суспільних відносин в умовах демократизації Української держави» (м. Київ, 2012 р.) / укл.: Б. В. Новіков, Т. О. Чепульченко, І. П. Голосніченко, В. Ю. Пряміцин. Київ : НТУУ «КПІ», 2012. 320 с.

правило, це суб'єкт, що здійснює свою діяльність у сфері природних монополій) та споживач / абонент чи інша особа, до обов'язків якої належить ресурсопостачання інших абонентів;

2) предмет договору. На перший погляд предметом договору ресурсопостачання є ресурси: електрична енергія у вигляді електричного струму і тепла енергія у вигляді пари або гарячої води, вода, газ тощо. Але за загальним правилом предметом будь-якого договору є певні фактичні та юридичні дії зобов'язаної сторони (боржника). Тому предмет договору ресурсопостачання включає два роди об'єктів: дії сторін щодо подачі ресурсу через приєднану мережу та його оплати, а також власне ресурс як товар (об'єкт договору);

3) змістом договору є продаж ресурсу – ресурсів, нетипових об'єктів речових прав, наприклад, енергію, воду не можна повернути назад виробнику, ресурс при передачі споживається;

4) спосіб виконання договору – передача товару через приєднану мережу;

5) для укладання договору необхідна наявність у покупця ресурсоприймаючого приладу для приєднання до мережі ресурсопостачаючої організації, а також приладів, що ураховують споживання, і іншого устаткування, що відповідає технічним вимогам;

6) наявність прав і обов'язків сторін не тільки при передачі води, але й при її споживанні. На покупця покладаються додаткові обов'язки, пов'язані з необхідністю дотримання режиму споживання, безпеки експлуатації мереж, що знаходяться в його віданні, і справності приладів, що використовуються ним, і устаткування;

7) ресурсопостачаюча організація має право контролю за станом технічних засобів та безпекою їх експлуатації, що впливає з договору, і не є проявом якихось владних повноважень;

8) на відміну від договору купівлі-продажу, який передбачає обов'язок покупця «прийняти товар», за договором постачання ресурсів через приєднану мережу абонент «зобов'язується оплачувати прийнятий ресурс». Це означає, що на нього в принципі не покладається обов'язок прийняти товар, наприклад, отримати певну кількість води. Крім того, для договору водопостачання характерні такі обов'язки абонента, які не властиві купівлі-продажу: дотримання певного режиму споживання води, забезпечення безпеки енергетичних мереж і справності приладів, що використовуються ним, і устаткування, пов'язаного із споживанням води;

9) для цього договору не характерні такі атрибути багатьох договорів купівлі-продажу, як гарантійний термін і термін придатності товару, комплектна товару тара і упаковка тощо;

10) договір ресурсопостачання є консенсуальним, двостороннім та відплатним, публічним (за умови дотримання абонентом правил приєднання до мережі), як правило, безстроковим та договором приєднання (останнє пояснюється тим, що ресурсопостачання здійснюються, як правило, суб'єктами-монополістами);

11) істотні умови договору в ЦК України не указані, але у спеціальному законодавстві містяться. Так, згідно з Законом України «Про питну воду та питне водопостачання» (назву Закону змінено на «Про питну воду, питне водопостачання та водовідведення». – *Р. П.*) від 10 січня 2002 р. істотними умовами договору про надання послуг з питного водопостачання є: режим надання послуг; обсяги питного водопостачання за нормативами питного водопостачання; порядок надання послуг з водовідведення; розмір та порядок оплати послуг централізованого водопостачання і водовідведення; права та обов'язки сторін договору; відповідальність сторін договору;

12) наявність специфічного регулювання, наприклад, ці відносини регулюються законами України: «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення» від 24 лютого 1994 р., «Про електроенергетику» від 16 жовтня 1997 р. (втратив чинність. – *Р. П.*), «Про природні монополії» від 20 квітня 2000 р., «Про питну воду та питне водопостачання» (назву Закону змінено на «Про питну воду, питне водопостачання та водовідведення». – *Р. П.*), багатьма підзаконними нормативними актами, у тому числі постановою КМУ від 25 грудня 1996 р. № 1548 «Про встановлення повноважень органів виконавчої влади та виконавчих органів міських рад щодо регулювання цін (тарифів)», постановою КМУ № 1168 від 28 жовтня 1997 р. «Про вдосконалення системи державного регулювання тарифів на житлово-комунальні послуги» (втратила чинність. – *Р. П.*), Правилами надання послуг з централізованого опалення, постачання холодної та гарячої води і водовідведення, затвердженими постановою КМУ від 21 липня 2005 р. № 630, Правилами користування системами комунального водопостачання та водовідведення в містах і селищах України, затвердженими наказом Державного комітету України по житлово-комунально-

му господарству від 1 липня 1994 року № 65 (втратили чинність. – *Р. П.*), СанПіН «Вода питна. Гігієнічні вимоги до якості води централізованого господарсько-питного водопостачання», затверджений наказом Міністерства охорони здоров'я України від 23 грудня 1996 року № 383 тощо¹.

Намагання дослідниці обґрунтувати місце та специфіку договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу дійсно заслуговують на увагу. У наведеному аналізі авторкою фактично відображено усі спільні риси різних підвидів договірною виду, тобто договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу. При цьому в межах досліджуваного договірною виду його підвиди також мають специфіку, за якою вони різняться. Як було зазначено вище, договір постачання електричної енергії має специфічний предмет, який не можна в жодному разі ототожнювати з предметом договору на постачання газу, нафти, нафтопродуктів чи води.

У науковій спільноті подібне міркування вже висловлювалося. Так, на переконання В. О. Криворучко, необхідно також звернути увагу на різний підхід законодавця до договорів, пов'язаних із постачанням теплової й електричної енергії через приєднану мережу, та до інших договорів, пов'язаних із постачанням через приєднану мережу газу, нафти й нафтопродуктів, а також інших товарів. У першому випадку, оскільки мова йде про договір енергопостачання, адже його об'єктом є електрична та тепла енергії, законодавець передбачив можливість регулювання зазначеного договору іншими законами й правовими актами, маючи на увазі, що в них містяться правила, які належать до специфічних особливостей теплової й електричної енергії. У другому випадку, коли законодавець говорить про інші договори на постачання товарів, які не є енергією, тобто про ті, які об'єднує з договором енергопостачання лише те, що під час їх виконання так само використовується приєднана мережа, норми про договір енергопостачання засто-

¹ Голубева Н. Ю. Особливості зобов'язань, що виникають з договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу. *Актуальні проблеми держави і права* : зб. наук. пр. / редкол. : С. В. Ківалов (голов. ред.), В. М. Дрьомін (заст. голов. ред.), Ю. П. Алєнін [та ін.] ; МОНмолодьспорт України, НУ «ОЮА». Одеса : Юрид. літ., 2012. Вип. 66. С. 86–91. URL: <http://hdl.handle.net/11300/5173> (дата звернення: 29.06.2020).

совуються, якщо інше не встановлено законом, іншими правовими актами або не постає із суті зобов'язання¹.

Отже, доцільно щоб ці договори, які різняться за об'єктом постачання (електрична чи теплова енергія, нафта, газ, вода тощо), мали спеціальне договірне регулювання у відповідній сфері відносин, але в межах загальних засад регулювання договірних відносин постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу.

Окремо в межах нашого дослідження слід звернути увагу на доволі революційну позицію С. О. Свіркової, який вказує, що для сучасного етапу розвитку відносин в електроенергетиці відсутні юридичні підстави і практична доцільність кваліфікації договору енергопостачання як різновиду договору купівлі-продажу. Так, автор обґрунтовує, що договір енергопостачання позбавлений основних конституючих ознак договору купівлі-продажу (в тому числі, ознаки передачі майна у власність покупця). Науковець зазначає, що договори купівлі-продажу й енергопостачання принципово різняться (не збігаються) за такими критеріями:

а) спрямованість договору (на відміну від договору купівлі-продажу, каузою якого є перенесення права власності, каузою договору енергопостачання є створення для споживача можливості користуватися енергією на власний розсуд);

б) його предмет (якщо в договорі купівлі-продажу це – річ, то в договорі енергопостачання це – право на енергію);

в) структура і зміст прав і обов'язків (за договором енергопостачання продавець енергії надає споживачеві відносно право на енергію, а покупець зобов'язується оплатити його ціну).

Виходячи з цього, конструкція договору енергопостачання повинна будуватися за моделлю договору про відчуження відносного права – особливого договірного типу, який має реалізаційний характер (оформляє обмін товару на гроші) і спрямований на перенесення з однієї особи на іншу відносного права (а не права на річ)². Водночас, хоча висловлена автором позиція і має право на існування, ми не можемо погодитися з нею з огляду на таке.

¹ Криворучко В. Характерні ознаки та особливості типологізації договорів з енергопостачання. *Visegrad journal on human rights*. № 1. PART 1. 2016. URL: http://vjhr.sk/archive/2016_1_1/22.pdf (дата звернення: 19.05.2020).

² Свирков С. А. Гражданско-правовое регулирование в сфере энергоснабжения : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Москва, 2019. 434 с. URL: <https://istina.msu.ru/dissertations/176470554/> (дата звернення: 29.06.2020).

1. Автор стверджує, що договір купівлі-продажу та договір енергопостачання мають різне спрямування і за останнім особа отримує «можливість користуватися енергією на власний розсуд». Однак при купівлі, наприклад, мобільного телефону, особа теж отримує право користуватися ним на власний розсуд, що є фактично однією із правомочностей права власності на річ. При цьому у разі придбання мобільного телефону у власність особа насамперед має бажання користуватися ним, а не лише набути право власності на таку річ. Отже, надання особі можливості користуватися енергією є використанням корисних властивостей речі (хоча не зовсім тілесної у класичному її розумінні) переданої саме у власність. До того ж саме формулювання «створення для споживача можливості користуватися енергією на власний розсуд», на наше переконання, досить схоже з наданням послуги щодо користуватися енергією.

2. Також як відмінність договорів подається різнорідність їх предметів. Однак, якщо постачальник електроенергії передає за цим специфічним договором відносно право на енергію, то у нього таке право теж попередньо повинно виникнути. Тому, якщо це право власності на енергію, то відповідно і за договором енергопостачання відбувається передача права власності, оскільки незрозумілою є трансформація такого права у відносно право на енергію. Водночас слід також брати до уваги, що особа, яка постачає енергію, саме відчужує її як річ, що є нематеріальним об'єктом з матеріальною природою та є її об'єктом права власності. Такий висновок обґрунтовується тим фактом, що у разі купівлі енергії з метою фактичної передачі споживачеві, особа, яка попередньо придбала таку енергію, не може користуватися нею на власний розсуд, а лише може продати її споживачеві. А особа, яка виробила енергію та напряму продає її споживачеві, має саме право власності на таку енергію та може або користуватися нею самостійно, або «продати» її іншій особі.

Разом із тим стосовно речової природи енергії нам імпонує вислів М. К. Сулейменова, який слушно зазначив таке: «Особисто для мене немає сумніву, що енергія – це річ. Я завжди пропоную тим, хто у цьому сумнівається, всунути два пальці в розетку. Безсумнівно, енергія – це матеріальне, тілесне майно»¹.

¹ Сулейменов М. К. Еще раз об объектах гражданских прав: деньги и ценные бумаги. *Юрист*. 2003. № 11. URL: <http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1236670> (дата звернення: 29.06.2020).

3. Теза автора, що «за договором енергопостачання продавець енергії надає споживачеві відносне право на енергію, а покупець зобов'язується оплатити його ціну» вже сама говорить про те, що відбувається перехід від продавця, тобто «особи, що продає», конкретного об'єкта права власності. При цьому відсутність речі як матеріального об'єкта у класичному розумінні ще не підтверджує факт відсутності відносин щодо купівлі-продажу.

Так, наприклад, за договором купівлі-продажу частки у статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю одна особа відчужує, а інша набуває майнове право на безтілесний та нематеріальний об'єкт права власності. Відповідно до першого речення ч. 2 ст. 190 ЦК України майнові права є неспоживною річчю. У цьому випадку ми також можемо говорити про надання «відносного права на частку». Однак, якщо ми навіть теоретично окремо виділимо договір переходу права на частку у товаристві з обмеженою відповідальністю та договір енергопостачання, то ці договори матимуть суттєві відмінності, що будуть проявлятися в дійсно безтілесній та неспоживній речі як об'єкті першого договору та тілесній та споживній речі як об'єкті другого договору. Разом із тим надання у першому випадку відносного права на частку відбуватиметься тільки шляхом укладення договору та дотримання законодавчих вимог щодо реєстрації такого права за новим набувачем, то у ситуації з енергією сторонам необхідно, крім укладення договору, мати в наявності приєднану мережу та пристрої передачі і отримання енергії. Таким чином, отримання, володіння та фактичне користування «відносними правами» значно різнитиметься, що не дозволить віднести їх до нового договірному типу.

Крім того, варто зауважити, що оформлення обміну товару на гроші є чітким відображенням моделі купівлі-продажу, а перенесення з однієї особи на іншу відносного права, а не права на річ неузгоджується з існуючою моделлю права власності, відповідно до якої особа може володіти, користуватися та розпоряджатися певним майном (майновим правом). А сама еволюція ідей щодо визначення речі дозволяє розуміти під річчю не тільки безпосередньо тілесні речі, як, наприклад, яблуко, а й конкретні безтілесні речі, як майнове право на частку, чи обмежено тілесні речі, як енергію, що є нематеріальним об'єктом з матеріальною природою.

Виділяючи в окремий договірний тип договір енергопостачання та окреслюючи відмінності його від договірному типу купівля-продаж, автор залишає поза увагою можливість еволюції самого договірному типу «купівля-продаж». Тому у разі існування окремих незначних неузгодженостей вказаних договорів доцільно розширити загальні засади правового регулювання відносин договірному типу купівля-продаж, а не створювати новий договірний тип практично з аналогічними правовими засадами. Тобто у разі якщо стан розвитку суспільних відносин, що регулюються окремим видом договору, не дозволяє виділити цей договір в окремий договірний тип, то доцільно вдосконалювати таку договірну конструкцію в межах окремого договірному виду.

Окремо в межах нашого дослідження неможливо не відмітити, що за змістом ст. 714 ЦК України стороною окремих видів договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу може бути як юридична особа (чи фізична особа – підприємець), яка придбаває електроенергію, теплову енергію, газ, воду для здійснення підприємницької діяльності, так і фізична особа – споживач, яка придбаває вказані блага для особистих, не пов'язаних з підприємницькою діяльністю, потреб. Отже, у договорах постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу за участю фізичної особи – споживача враховуються вимоги законодавства про захист прав споживачів, тобто такі договори є споживчими.

Проте не всі підвиди договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу можуть вважатися споживчими. Так, для прикладу, сумнівною видається ситуація, коли фізична особа через приєднану мережу отримуватиме нафту чи нафтопродукти з метою задоволення особистих, не пов'язаних з підприємницькою діяльністю, потреб.

Разом із тим абз. 2 ч. 1 ст. 275 ГК України визначено, що окремим видом договору енергопостачання є договір постачання електричної енергії споживачу. Особливості постачання електричної енергії споживачам та вимоги до договору постачання електричної енергії споживачу встановлюються Законом України «Про ринок електричної енергії». Таким чином, за суб'єктивним критерієм в межах договору енергопостачання виділено договір постачання електричної енергії споживачу. При цьому, слід зауважити, що, враховуючи положення ч. 1 ст. 714 ЦК України та ч. 1 ст. 275 ГК України, будь-який договір по-

стачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу на користь споживача буде виділятися як окремий різновид договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу чи договору енергопостачання.

Крім того, слід зауважити, що специфіка договорів постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу на користь споживача обумовлюється необхідністю захисту слабкої сторони таких договірних відносин. Відповідно на такі договірні відносини будуть поширюватися положення Закону України «Про захист прав споживачів».

Таким чином, договір постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу є окремим договірним видом в межах договірного типу «купівля-продаж». Виокремлення цього договору насамперед обумовлено особливим способом його виконання (через приєднану мережу) і групою специфічних об'єктів цього договору.

Крім того, кожен специфічний об'єкт договору постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу дозволяє виокремлювати різновиди цього договору (постачання електричної чи теплової енергії, нафти, газу, води тощо). Водночас у межах договірного виду «постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу» за характером об'єкта можна виділити його підвид, що включає два окремі різновиди договору (постачання електричної і теплової енергії) – «договір енергопостачання». При цьому договір постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу на користь фізичної особи – споживача дозволяє його кваліфікувати як споживчий договір.

2.3. Договір дарування

Підписання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, зумовили не лише зміну економічних векторів розвитку держави, а й поставили питання перегляду правового регулювання відносин права власності.

Завдяки сучасним підходам правове регулювання договору дарування суттєво відрізняється від регулювання в ЦК УРСР 1963 р., де даруванню було присвячено лише дві статті (ст. 243, 244), договір розглядався як реальний і вважався укладеним в момент передання майна.

Однак у сучасних умовах доводиться констатувати, що вітчизняне законодавство не повністю відповідає умовам вступу нашої держави до Європейського Союзу, а тому існує потреба у перегляді законодавчих положень договору дарування з метою усунення суперечностей.

Як відомо, юридичним наслідком укладення договору дарування є безповоротне припинення права власності в однієї сторони (дарувальника) на майно, що є предметом цього договору, та виникнення права власності на нього у другій сторони (обдаровуваного).

З огляду на це збільшення обсягу майна обдаровуваного за рахунок зменшення майна дарувальника без одержання майнової взаємності, тобто передання власником свого майна у власність іншої особи без отримання взаємної винагороди вважатиметься правовою метою договору дарування.

Договір дарування завжди є безоплатним. Сторони у договорі дарування вважаються рівноправними суб'єктами, при цьому дарувальник не вправі вимагати від обдаровуваної особи будь-яких зустрічних дій майнового характеру. Договір дарування є узгодженим волевиявленням обох сторін і являє собою не тільки акт розпорядження майном власником (дарувальником), а й акт прийняття подарунка обдаровуваного.

За ст. 717 ЦК України момент укладення договору дарування не пов'язаний з моментом фактичного передання майна у власність. Наведене свідчить, що момент укладення договору та передання майна може або збігатися, або бути значно віддаленим у часі, а тому вважається, що договір дарування може бути як реальним, так і консенсуальним. Вказівка на те, що за договором дарування одна сторона (дарувальник) передає або зобов'язується передати в майбутньому другій стороні (обдаровуваному) безоплатно майно (дарунок) у власність (ст. 717 ЦК України) дозволяє дійти хибного висновку, що договір дарування є реальним, а за певних обставин – консенсуальним.

Зі змісту ст. 723 ЦК України випливає, що консенсуальним договір вважатиметься, якщо у разі його укладення обов'язок передати дарунок виникне у майбутньому. В цьому разі у договорі дарування

обов'язково визначається предмет дарування та строк (термін) виконання зобов'язання або настання відповідної відкладальної обставини, тобто обставини, щодо якої невідомо, настане вона чи ні.

У разі настання передбаченого договором дарування строку (терміну) чи відкладальної обставини в обдарованого виникає право на отримання подарунка та право вимоги його передання. У разі відмови дарувальника виконати свої зобов'язання за договором, обдарований вправі вимагати в нього дарунок або відшкодування його вартості на підставі загальних положень гл. 51 ЦК України.

За умовами укладання договору дарування у сторін, як правило, не виникає взаємних прав та обов'язків, а тому він вважається одностороннім. Щодо прав, то їх набуває лише обдарований у вигляді повноважень власника стосовно прийнятого майна. Однак належність договору дарування до односторонніх договорів не позбавляє його ознак двосторонньої угоди, для укладання якої необхідне волевиявлення двох сторін (дарувальника і обдарованого)¹.

ЦК України все ж таки передбачає можливість виникнення певних обов'язків і в дарувальника, зокрема щодо повідомлення обдаровуваного про небезпечні властивості дарунка. Обдарований, у свою чергу, нестиме обов'язок щодо його схоронності, особливо якщо дарунок становить історичну, наукову, культурні цінність. У разі відмови обдаровуваного від прийняття дарунка, договір вважатиметься неукладеним.

При цьому, звертаємо увагу, що джерелами регулювання відносин за договором дарування є не лише ЦК України. При укладанні цього договору слід враховувати й положення ст. 65 СК України, а також інших нормативних актів, зокрема Земельного кодексу України.

Договір дарування є завжди безоплатним договором, отже, дарувальник не має права вимагати від обдаровуваної особи зустрічних дій майнового характеру. Саме тому застереження у ч. 2 ст. 717 ЦК України є цілком виправданим, адже договір спрямований на надання майнової вигоди лише одній стороні. Будь-яке зустрічне майнове надання іншій стороні свідчить про відсутність договору дарування.

¹ Харитонов Є. О., Калітенко О. М., Зубар В. М. та ін. Цивільне і сімейне право України : навч.-практ. посіб. / за ред. Є. О. Харитонова, А. І. Дрішлюка. Вид. 2-ге, перероб. та допов. Харків : ТОВ «Одісей», 2003. С. 351.

Безоплатність договору дарування не означає його безпричинності. При цьому слід розуміти, що мотив укладення такого договору має завжди бути за межами договору дарування і не може впливати на його дійсність.

Предметом договору дарування (дарунком) може бути не тільки рухоме та нерухоме майно, але й майнові права (як ті, якими уже володіє дарувальник, так і ті, що виникнуть у майбутньому). При цьому певні майнові права, наприклад, сервітути, не можуть бути предметом самостійного відчуження.

Договір дарування укладається у формі, яка визначається загальними правилами цивільного законодавства та, відповідно, ст. 717 ЦК України. Отже, форма договору дарування визначається залежно від виду майна, що є предметом договору, а також від ціни дарунка. Вважається, що укладення в усній формі можливе лише щодо реального договору, коли здійснюється дарування предметів особистого користування та побутового призначення.

Відповідно до ч. 3 ст. 719 ЦК України у виключно нотаріальній формі укладаються договори дарування нерухомих речей. При здійсненні такого правочину слід враховувати положення ч. 2 ст. 369 ЦК України та ст. 65 СК України, що відчуження може здійснюватися лише за згодою усіх співвласників, яка має бути висловлена письмово і нотаріально посвідчена.

Письмова форма договору дарування має бути дотримана і при даруванні рухомих речей, які мають особливу цінність. Вважається, що ч. 4 ст. 719 ЦК України містить певні неточності з огляду на відсутність законодавчого пояснення «особливої цінності» рухомих речей. На практиці відсутність такого тлумачення викликає труднощі. Адже річ можна розцінювати як «особливо цінну» унаслідок особливого ставлення до неї чи її історичної, культурної пам'яті тощо.

Ураховуючи наведене пропонується ч. 4 ст. 719 ЦК України викласти у такій редакції: *«Договір дарування рухомих речей, які мають історичну, наукову, культурну цінність, укладається у письмовій формі. Передання такої речі за усним договором є правомірним, якщо суд не встановить, що обдарований заволодів нею незаконно».*

Обов'язковому нотаріальному посвідченню підлягає договір дарування валютних цінностей фізичних осіб на суму, яка перевищує п'ятдесятикратний розмір неоподаткованого мінімуму доходів гро-

мадян. Недотримання вимог, встановлених у ст. 220 ЦК України, тягне за собою нікчемність договору дарування валютних цінностей.

Відповідно до ст. 720 ЦК України сторонами у договорі дарування можуть бути фізичні особи, юридичні особи, держава Україна, АРК, територіальні громади.

Відомо, що укладання договорів дарування має здійснюватися з дотриманням загальних правил цивільного законодавства, зокрема й з дотриманням обсягу дієздатності. Законодавством встановлено додаткові гарантії захисту осіб, які перебувають під опікою та піклуванням. Виходячи з інтересів малолітніх та неповнолітніх осіб, осіб, які перебувають під опікою чи піклуванням, зазначається, що батьки (усиновлювачі), опікуни, не мають права дарувати майно дітей, підопічних. Однак вони мають право, від імені осіб, над якими встановлено опіку чи піклування, приймати майно у подарунок, піклувальники – давати згоду на прийняття такого майна (подарунка).

Юридичні особи виступають сторонами у договорі дарування у межах своєї спеціальної дієздатності. Будь-яких обмежень щодо прийняття юридичними особами дару не передбачається. При цьому безоплатне відчуження майна юридична особа має здійснювати відповідно до вимог їх статутів та законодавчих актів.

Частиною 3 ст. 720 ЦК України встановлено, що підприємницькі товариства можуть укладати договір дарування між собою, якщо право здійснювати дарування прямо встановлено установчим документом дарувальника. Це положення не поширюється на право юридичної особи укладати договір пожертви. З огляду на наведене та для уникнення законодавчої неоднозначності пропонується ч. 3 ст. 720 ЦК України привести до єдиної термінології та викласти цю частину у такій редакції: *«Юридичні особи можуть укладати договір дарування між собою, якщо право здійснювати дарування прямо встановлене установчим документом дарувальника. Це положення не поширюється на право юридичної особи укладати договір пожертви»*.

Відповідно до ст. 721 ЦК України дарувальник зобов'язаний повідомити обдарованого про недоліки або його особисті властивості, які можуть бути небезпечними для життя, здоров'я, майна як для самого обдарованого, так і для інших осіб. Однак при цьому дарувальник не зобов'язаний виправляти недоліки наданого подарунку або зазнавати витрат, пов'язаних з їх виправленням, чи обмінювати на іншу

якісну річ. Однак дарувальник, якому було відомо про недоліки чи якісь особливі властивості подарованої речі і який не повідомив про них обдаровуваного, зобов'язаний відшкодувати шкоду, завдану майну, та шкоду, завдану каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю у результаті користування чи володіння дарунком. При цьому слід зважати на те, що дарувальник відповідає за заподіяну шкоду лише у разі, коли її було завдано саме через недоліки чи особливі властивості речі. Необережне поводження (наприклад, з мисливською рушницею) обдаровуваного чи інших осіб з якісним дарунком не призводить до відшкодування шкоди.

Таким чином, дарувальник відшкодуватиме завдану шкоду життю, здоров'ю чи майну обдаровуваного або інших осіб у результаті користування чи володіння його дарунком за сукупністю таких умов: а) зазначена шкода дійсно була заподіяна внаслідок недоліків чи особливих властивостей дарунка; б) дарувальникові було відомо про недоліки чи особливі властивості його дарунка, через які обдаровуваному або іншим особам було заподіяно шкоду; в) дарувальник не повідомив про вказані недоліки чи особливі властивості свого дарунка.

У разі відсутності хоча б однієї із наведених умов в обдаровуваного не має підстав для пред'явлення вимог до дарувальника.

Відповідно до ч. 1 ст. 722 ЦК України право власності обдарованого виникає з моменту його прийняття. Момент прийняття дарунка та виникнення в обдарованого права власності на нього, як правило, збігаються у часі, при цьому зазначимо, що у певних випадках право власності до набувача не може перейти раніше, ніж договору про відчуження майна буде надано встановленої законодавством форми.

Дарувальник, який передав річ перевізникові, організації зв'язку тощо (за положенням ч. 2 ст. 722 ЦК України, підприємству, організації транспорту, зв'язку) для вручення її набувачеві обумовлює в останнього виникнення права власності на цю річ. Наведене свідчить про те, що майно, яке перебуває в дорозі, вже належить набувачеві. Однак, ураховуючи те, що за договором дарування право власності в обдарованого виникає на дарунок не з моменту його передання, а з моменту його прийняття, та до часу, коли дарунок не був реально вручений обдаровуваному, особою, яка повинна це зробити, дарувальник вправі відмовитися від договору дарування. Відмова дарувальника не спричинить для нього настання жодних негативних правових наслідків.

Вважається, що ч. 2 ст. 722 ЦК України потребує свого уточнення, а тому пропонуємо викласти її в такій редакції: «2. *Дарувальник, який передав річ перевізникові, організації зв'язку тощо, або іншій особі для вручення її обдарованому, має право відмовитися від договору дарування до вручення речі обдарованому*».

Обдарований, незалежно від наявності чи відсутності на це причин, у будь-який час може відмовитися від дарунка лише до моменту його прийняття. Під прийняттям дарунка обдаровуваним вважається не лише прийняття безпосередньо речі, що є предметом договору, але і її символів, зокрема, ключів від квартири, автомобіля тощо, технічних паспортів на побутову техніку тощо, а також документів, які посвідчують належність дарувальникові предмета договору.

Договір дарування може укладатися з обов'язком передати дарунок у майбутньому. Договір дарування, в якому виникає зобов'язання передати дарунок обдарованому в момент, який не збігається з моментом укладення цього договору, вважається консенсуальним. Отже, у договорі може бути встановлено певний строк (термін) для передання дарунка, який обчислюється від дня укладення договору чи від дня настання певної події, зазначеної у договорі, або у певний термін.

У разі настання передбаченого договором дарування строку (терміну) чи відкладальної обставини, в обдарованого виникає право на отримання подарунка, а також право вимоги від дарувальника його передання. У разі відмови дарувальника у виконанні зобов'язань за договором, обдарований вправі витребувати його чи вимагати відшкодування його вартості на підставі гл. 51 ЦК України.

У разі смерті обдарованого майно дарувальника включається до складу спадщини й переходить до спадкоємців обдарованого. Однак, якщо обдарований помре до настання строку (терміну) чи відкладальної обставини, встановленої у договорі дарування, то спадкоємці обдарованого не мають права вимагати від дарувальника виконання його зобов'язань за договором. У разі смерті дарувальника до настання строку, терміну чи відкладальної обставини, до спадкоємців дарувальника не переходить зобов'язання щодо передачі дарунка обдарованому. Договір дарування з обов'язком передати дарунок у майбутньому зі смертю обдарованого чи дарувальника припиняється. У їх спадкоємців за цим договором не виникає жодних прав чи обов'язків.

Відповідно до ст. 724 ЦК України дарувальник має право відмовитися від передання дарунка у майбутньому, якщо після укладення договору його майновий стан істотно погіршився. Як виняток із загального правила законодавець надає можливість відмовитися від передання дарунка у майбутньому в односторонньому порядку, після уже укладення договору дарування, однак у разі істотного погіршення майнового стану дарувальника. При цьому дарувальник зобов'язаний довести: а) факт погіршення матеріального становища; б) факт того, що погіршення сталося уже після укладення договору, а в момент його укладення дарувальник не міг передбачити такого подальшого перебігу подій. У разі відсутності таких доказів дарувальник зобов'язаний передати обдаровуваному обіцяний дарунок або відшкодувати його вартість.

На відміну від законодавства 1963 р. ЦК України передбачає можливість встановлення у договорі дарування обов'язку обдарованого вчинити певну дію майнового характеру на користь третьої особи чи утриматись від її вчинення. Дарувальник вправі встановити у договорі дарування умову про необхідність виконання обдарованих певних дій чи утриматися від їх вчинення відносно третіх осіб. При цьому слід розуміти, що на обдаровуваного може бути покладено лише певний обов'язок винятково на користь третьої особи, а не на користь дарувальника. Наведене свідчить про те, що компенсація дарувальникові має бути відсутня. Таким чином, вигоду від виконання обдаровуваним обов'язку вчинити певні дії майнового характеру на користь третьої особи чи утриматися від їх вчинення одержує не дарувальник, а третя особа. При цьому вимагати виконання від обдаровуваного обов'язку третя особа не вправі. Таке право ЦК України надає лише дарувальнику. Винятком із цього правила є лише випадок смерті дарувальника, оголошення його померлим, визнання безвісно відсутнім чи недієздатним. З настанням наведених обставин дарувальник не може захистити інтереси третьої особи, тож остання набуває права вимоги щодо виконання обдарованим обов'язку на її користь, про що встановлено у договорі дарування.

Однак питання, передбачене абз. 2 ч. 2 ст. 725 ЦК України має неоднозначне вирішення. Вважається, що дарувальник, укладаючи договір дарування з обов'язком обдарованого на користь третьої особи, діє в інтересах саме цієї третьої особи, а не її спадкоємців, тому у разі

відсутньої прямої вказівки на необхідність у разі смерті третьої особи виконання обдарованим обов'язків на користь її спадкоємців, доцільно вважати, що такий обов'язок обдаровуваного зі смертю третьої особи, на користь якої було встановлено, припиняється.

У разі порушення обдарованим обов'язку на користь третьої особи дарувальник має право вимагати розірвання договору і повернення дарунка, а якщо таке повернення неможливе, – відшкодування його вартості (ч. 1 ст. 726 ЦК України), відповідно до положень гл. 51 ЦК України та ст. 22 ЦК України.

Розірвання договору, предметом якого було нерухоме майно або інше особливо цінне майно, можливе і у разі якщо обдаровуваний умисно вчинив злочин проти життя, здоров'я, власності дарувальника, його батьків, дружини (чоловіка) або дітей. У разі умисного вбивства дарувальника право на розірвання договору дарування одержують спадкоємці дарувальника.

На невідповідність ч. 1 ст. 727 ЦК України загальним положенням про зобов'язання неодноразово звертали увагу науковці. Адже вимагати розірвання договору мають право лише його сторони, підставами примусового розірвання договору можуть бути лише істотні порушення стороною умов договору (ст. 651 ЦК України), або істотні зміни обставин, якими сторони керувалися при укладенні договору (ст. 652 ЦК України).

Частина 1 ст. 727 ЦК України передбачає серед підстав розірвання договору такі неправомірні дії обдарованої особи, які безпосередньо не спрямовані на порушення договору, зокрема й договору дарування. Наведене положення ст. 727 ЦК України є юридично некоректним, оскільки суперечить загальним положенням розірвання договору 651–654 ЦК України. Вважається, що ч. 1 ст. 727 слід виключити з канви ЦК України, залишивши вказівку про можливість розірвання договору дарування відповідно до статей 651–654 ЦК України.

При розірванні договору дарування обдарований зобов'язаний повернути дарувальникові дарунок у натурі. Наведене свідчить про те, що обдаровуваний не може запропонувати дарувальнику грошову компенсацію замість дарунка чи відшкодувати його вартість будь-яким іншим чином, залишивши предмет договору дарування у себе.

Дарувальник у всіх вищенаведених випадках може вимагати розірвання договору дарування лише у тому разі, якщо дарунок є збереженим на момент вимоги. У разі відсутності предмета вимоги (дарунка)

дарувальник не має права вимагати ні розірвання договору, ні повернення дарунка, в тому числі ані відшкодування його вартості.

ЦК України встановлює спеціальну позовну давність строком в один рік до вимог про розірвання договору. Перебіг позовної давності починається від дня, коли дарувальник або обдарований довідалися про порушення свого права (статті 261, 728 ЦК України).

Особливим різновидом договору дарування вважається пожертва. Ознакою пожертви є зобов'язання обдаровуваного використовувати предмет договору виключно для досягнення певної, заздалегідь обумовленої мети. Отже, договір пожертви – це договір дарування з вказівкою на цільове використання дарунка. Предметом дарування не можуть бути майнові права. У разі відсутності у договорі пожертви вказівки щодо мети використання його предмета безоплатна передача майна у власність вважається договором дарування. Договір пожертви завжди є реальним, оскільки вважається укладеним з моменту прийняття пожертви.

При укладенні договору пожертви слід дотримуватись норм статей 719–722 ЦК України. Слід також враховувати й норми спеціального законодавства, зокрема Закону України «Про благодійну діяльність та благодійні організації».

2.4. Договір довічного утримання (догляду)

На процес формування та виникнення правових відносин з довічного утримання (догляду) істотний вплив зробило класичне римське право. Саме римське право заклало підвалини для подальших розробок механізмів оформлення договорів, що, безумовно, є позитивним для сучасного розвитку договірних конструкцій у цілому та й договору довічного утримання (догляду) зокрема.

Найперші згадки про відносини утримання зустрічаються у звичаях шанування культу предків та більш пізнього морального усвідомлення догляду за людьми похилого віку з боку родичів або громади¹.

¹ Етнографія України : навч. посіб. / за ред. С. А. Макарчука. Вид. 2-ге, перероб. і допов. Львів : Світ, 2004. 520 с.

Відомо, що розвитку відносин довічного утримання сприяла церква. На думку Г. В. Озернюка, договір довічного утримання виник у результаті видозміни давнього звичаю середньовічних людей передавати рухоме та нерухоме майно церкві в обмін на забезпечення свого утримання у вигляді довічної ренти¹. Слушною є й думка О. В. Великороди, що інститут довічного утримання в Україні в XIX ст. формувався під впливом двох різних політико-правових систем – Російської та Австро-Угорської імперій, що мало свої специфічні наслідки для різних частин сучасної України².

Цивільний кодекс Української РСР вважається першим законодавчим актом 1963 р., що детально регламентував відносини з довічного утримання. Його зміст містив не лише дефініцію цього виду договору, а й положення щодо прав та обов'язків сторін, його правових наслідків тощо.

О. М. Великорода, досліджуючи відносини довічного утримання у сучасний період, поділив їх становлення на два етапи: 1) 1963–1991 рр., який відзначається стабільністю інституту довічного утримання та ретельним дослідженням радянського законодавства в його договірній частині; 2) 1991–2003 рр., який відзначається істотними змінами та розширенням предмета договору, зокрема доглядом³.

Отже, розвиток договору довічного утримання здійснювався протягом багатьох століть і в основному вважався родовим правочином договору ренти. У 2003 р. ЦК України розширив предмет цього договору, закріпивши ширше коло осіб, які можуть бути його відчужувачами, вказавши на договір довічного утримання і як на договір догляду, додавши таке визначення у назву гл. 57 ЦК України.

Серед усіх позитивних змін, що відбулися завдяки розвитку цього інституту, вдалим є місце розташування у ЦК України серед групи договорів, спрямованих на відчуження права власності, зокрема після договору міни, дарування, ренти, а також розуміння мети та правових наслідків, які спрямовані на відчуження права власності. У законодав-

¹ Озернюк Г. В. Історичні джерела рентних правовідносин. *Актуал. проблеми держави і права*. 2010. Вип. 53. С. 282–291.

² Великорода О. М. Договір довічного утримання : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Івано-Франківськ, 2006. С. 9–10.

³ Там само. С. 23.

стві 1963 р., договірні умови довічного утримання можна було використовувати лише непрацездатним особам, які за своїм віком або станом здоров'я не могли самі забезпечувати належний життєвий рівень або не могли без сторонньої допомоги утримувати себе. Договір довічного утримання розміщувався серед групи договорів про надання послуг і обумовлювався метою – надання відчужувачу майна матеріального забезпечення.

В юридичній літературі договір довічного утримання (догляду) вважається цивільно-правовим засобом реалізації суб'єктами свого права на соціальний захист. На думку Н. М. Николайчук, конструкція цього договору надає можливість придбати у власність житло чи інше цінне майно без залучення значних сум грошових коштів, які компенсуються втраченими зусиллями на утримання відчужувача¹. Вважається, що конструкція договору довічного утримання (догляду), яка закріплена у ЦК України, достатньою мірою гарантує інтереси власників та вигодонабувачів, а також, як зазначив Р. А. Майданик, істотно збагачує традиції правових інститутів відчуження права власності².

З дефініції договору, яка надана у ст. 744 ЦК України, вбачається, що кожна із сторін, укладаючи договір довічного утримання (догляду) має свою (індивідуальну) мету договору, одна сторона – отримати майно у власність, а друга – догляд (утримання) від тієї особи, яка може їх надати не лише за моральними, а й за матеріальними критеріями. Тобто мета досліджуваного договору досягається впродовж певного часу, протягом якого набувач повинен виконувати свої зобов'язання щодо догляду (утримання) відчужувача.

Договір довічного утримання (догляду) за своїми правовими характеристиками належить до односторонніх, реальних, оплатних алеаторних, фидуціарних договорів. З приводу останньої характеристики у науковій літературі існують дискусії. Більшість науковців наполягають на реальній природі договору довічного утримання (догляду), адже: а) момент укладення цього договору пов'язується з передачею майна, при цьому відчужувач обов'язково має бути власником цього

¹ Николайчук Л. М. Цивільно-правові договори як підстави виникнення права приватної власності громадян : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Івано-Франківськ, 2004. С. 53.

² Майданик Р. А. Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. Київ : НВЦ «Київ. ун-т», 2002. 502 с.

майна, яке виступає об'єктом договору¹; б) договір набуває чинності з моменту його державної реєстрації і в цей самий момент до набувача переходить право власності на будинок чи інше майно²; в) передача майна – це не обов'язок відчужувача і не його виконання, а момент укладення договору³. Натомість деякі вчені наполягають на його консенсуальності⁴. Професор В. С. Ем, а з ним погоджується професор Р. А. Майданик, дійшов висновку, що рента (в тому числі й довічна) є реальним договором у разі відчуження рухомого майна і консенсуальним – у разі відчуження нерухомого майна⁵. І. О. Дзери звертає увагу, що на практиці виявлення ознак консенсуальності чи реальності договору довічного утримання (догляду) необхідно здійснювати на підставі його конкретного змісту⁶.

Таким чином, вектор розуміння реальності договору довічного утримання (догляду) зміщено і цілком прийнятним є розуміння про ознаки консенсуальності цього договору, хоча б тому, що відповідно до ст. 640 ЦК України вважається укладеним з моменту його нотаріального посвідчення. У разі безальтернативної вимоги щодо його реальності договірна конструкція довічного утримання (догляду) мала б містити чітку вказівку на момент укладення договору за прикладом ст. 1046 ЦК України.

Наступним дискусійним питання є односторонність договору. У правовій літературі вважається, що договір довічного утримання (догляду) є одностороннім з огляду на те, що лише одна особа (набу-

¹ Яворська О. С. Договір довічного утримання: проблеми теорії та практики застосування. *Наук. вісн. Львів. держ. ун-ту внутр. справ.* 2009. №3. С. 124–136; Харитонов Е. О., Саниахметова Н. А. Гражданское право. Киев, 2001. С. 444.

² Цивільне право України : підручник : у 2 кн. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. Київ : Юрінком Інтер, 1999. Кн. 2. С. 157.

³ Гражданский кодекс Украинской ССР : науч.-практ. комментарий. Киев : Политиздат, 1981. С. 486.

⁴ Иоффе О. С. Обязательственное право. М. : Юрид. лит., 1975. 880 с.; Скаржинський М. В. Житло як об'єкт цивільно-правових відносин : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2006. 20 с.; Гриняк А. Б. Цивільно-правовий договір як підстава виникнення права спільної власності фізичних осіб : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2007. 20 с.

⁵ Ем В. С. Договор ренты. *Законодательство.* 1999. №5. С. 13; Аномалії в цивільному праві України : [навч.-практ. посіб.] / відп. ред. Р. А. Майданик. Київ : Юстиніан, 2007. 912 с.

⁶ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. Київ : Юрінком Інтер, 2005. Т. II. 1008 с.

вач) наділена обов'язками, а друга (відчужувач) – лише правами. Водночас, з огляду на обраний європейський напрям удосконалення цивільного законодавства та свободу договору вважається правомірним й, наприклад, те, що договір довічного утримання (догляду) може передбачати відчуження частини нерухомого майна, при цьому може бути встановлено певні обов'язки відчужувача щодо спільного користування частинами нерухомого об'єкта, а також його подальше відчуження іншої частини об'єкта, який належить відчужувачу. Отже, при вирішенні питання односторонності чи двосторонності цього договору насамперед має значення його зміст.

Оплатним договір довічного утримання (догляду) вважається з огляду на отримання у власність певного майна, а відчужувачу, у свою чергу, необхідне утримання – матеріальні блага та послуги. При цьому, будучи оплатним договором, договір довічного утримання (догляду) фактично не включає в себе ціну у своєму традиційному розумінні як істотну умову договору, адже матеріальне та нематеріальне забезпечення для відчужувача надаватиметься протягом усього його життя. До того ж вартість переданого відчужувачем майна не має бути еквівалентною вартості надання послуг. Уся справа в тім, що за погодженням відчужувача та набувача у вартості майна та наданих послуг можуть бути розбіжності, які залежатимуть від тривалості життя відчужувача. При цьому вважається, що договір довічного утримання (догляду) є строковим, хоча у ньому не має завідомо визначеного терміну дії. Припиняється такий договір з моментом настання смерті відчужувача. Таким чином, від тривалості життя відчужувача залежить й розмір наданого набувачем утримання чи догляду.

В юридичній літературі існують думки, що оцінка будинку (частини будинку) може визначатися як ціна договору. Оцінка будинку є підставою для визначення видів і оцінки матеріального і нематеріального забезпечення, які набувач зобов'язується надати відчужувачеві¹. Вважаємо, що оцінка майна не може слугувати загальною ціною і бути його істотною умовою, адже догляд (утримання) особи неможливо передбачити ні з точки зору матеріальної вартості, ні за строком виконання договірних умов. Оплатність для набувача полягає в необхідності здійснювати майнове утримання замість отриманого житла, а для

¹ Космін Ю. П. Договір довічного утримання. *Право України*. 2000. №2. С. 70.

відчужувача – в тому, що, після передачі у власність речі, він може вимагати від набувача вчинення певних дій – надання матеріального забезпечення.

Таким чином, дії контрагентів, зокрема передача майна та забезпечення відчужувача утриманням чи доглядом довічно, виступатимуть предметом договору довічного утримання (догляду).

Ризиковим (алеаторним) договір довічного утримання (догляду) є з огляду на момент його укладення, адже не можна визначити, що буде більшим – вартість житла чи утримання (догляд) відчужувача. З огляду на це І. С. Тімуш зазначає, що договір довічного утримання (догляду) є абсолютно або імперативно алеаторним (ризиковим) правомочном, оскільки закон не допускає його укладення на визначений строк, чи строк визначений вимогою відчужувача. У випадку вчинення таких правочинів (зокрема, договір строкового утримання під відчуження майна) останні мають визнаватися нікчемними з відповідними наслідками, оскільки вони суперечать змісту і суті зобов'язання довічного утримання (догляду)¹.

Договір довічного утримання належить до договорів, для яких передбачена обов'язкова письмова форма та нотаріальне посвідчення. Недотримання цієї вимоги щодо форми договору тягне за собою визнання договору недійсним. Наслідки визнання договору недійсним спричиняють двосторонню реституцію. Вважається, що саме з моменту укладення нотаріальної форми договору довічного утримання (догляду) у набувача виникає право власності на майно.

Сторонами договору довічного утримання (догляду) є відчужувач та набувач. Відчужувачем може бути будь-яка фізична особа незалежно від його віку та стану здоров'я, що має майно на праві приватної власності, яким вона може розпоряджатися на свій розсуд. Із цього випливає, що житловий будинок, квартиру або їх частину, інше нерухоме майно або рухоме майно, яке має значну цінність, що має перейти за договором у власність набувача, не може бути обтяжене заставою або іншими зобов'язаннями.

Як випливає зі змісту ст. 746 ЦК України відчужувачами можуть бути як малолітні, так і неповнолітні особи. При укладенні цього правочину необхідно враховувати норми статей 31–32 ЦК України, за

¹ Тімуш І. С. Цивільно-правове регулювання ризикових (алеаторних) договорів : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2004. 210 с.

якими коло наведених осіб можуть укласти цей договір лише за нотаріально посвідченою згодою батьків (опікунів, піклувальників, усиновлювачів). При цьому необхідною умовою є наявність дозволу органів опіки та піклування (ст. 71 ЦК України).

Набувачем є повнолітня дієздатна особа, яка спроможна надати належне матеріальне забезпечення. Особливістю укладення договору довічного утримання (догляду) щодо майна є те, що набувачем майна за договором може бути і юридична особа. При цьому юридична особа може мати навіть і більші можливості для матеріального забезпечення відчужувача. Статутом юридичної особи чи іншим засновницьким документом має бути передбачена можливість оплатного придбання майна у власність, і такий правочин не може суперечити цілям її створення та діяльності.

За договором довічного утримання (догляду) можливий перехід обов'язків набувача у разі його смерті до спадкоємців, яким надходить відчужуваний за договором будинок. Якщо спадкоємці відмовляються від будинку або таких осіб немає, майно повертається відчужувачу. Щодо юридичних осіб – набувачів майна, у разі їхнього припинення можливим є правонаступництво обов'язків за договором довічного утримання (догляду). Спадкувати обов'язки відчужувача майна за договором довічного утримання (догляду) неможливо, тому що договір припиняється у разі смерті відчужувача.

Слід зазначити, що ЦК України надав відчужувачу право передбачити у договорі довічного утримання (догляду) декілька набувачів (ст. 746). Ними можуть бути виключно фізичні особи, які стають співвласниками майна, що передається їм за договором довічного утримання (догляду) на праві спільної сумісної власності. У випадку порушення набувачами обов'язку перед відчужувачем настає солідарна відповідальність. Відчужувач у такому випадку може вимагати сплати неустойки або відшкодування збитків як від усіх набувачів разом, так і кожного з них окремо. Тобто відчужувач може пред'явити вимогу щодо належного утримання відповідно до договору до всіх або будь-якого з набувачів. У такому випадку той з набувачів, хто вчинив дії з надання утримання, має право зворотної вимоги до інших набувачів щодо повернення грошової суми (або іншого майна) виплаченої останнім відчужувачу. За бажанням відчужувача утримання (догляд) за договором довічного утримання може надаватись і третім особам.

Майно, що належить співвласникам на праві спільної сумісної власності, зокрема майно, що належить подружжю, може бути відчужене ними на підставі договору довічного утримання (догляду) (ст. 747 ЦК України). Вважає, що це також можуть бути особи, які хоч і не перебувають у зареєстрованому шлюбі, але проживають однією сім'єю (ст. 74 СК України), члени сім'ї у разі набуття права власності за результатами сумісної праці та за спільні грошові кошти (ст. 355, ст. 368 ЦК України), або особи, які ведуть особисте селянське господарство (Закон України «Про особисте селянське господарство»). Таким чином, укладаючи договір довічного утримання (догляду), на стороні відчужувача можуть бути дві особи. При цьому обов'язково слід зазначити належність майна, що відчужується, на праві спільної сумісної власності цим відчужувачам та зазначити правову підставу набуття цими особами майна у спільну власність. У разі смерті одного із співвласників майна, що було відчужене ними на підставі договору довічного утримання (догляду), зобов'язання не припиняються, однак його обсяг зменшується. Вважається, що набувач із моменту смерті одного із відчужувачів може у повному обсязі розпоряджатися часткою померлого.

Якщо відчужувач укладає договір на користь третьої особи, то така особа за договором забезпечується утриманням та (або) доглядом довічно. Набувач зобов'язаний виконувати свій обов'язок на користь третьої особи, вказаної в договорі. Таким чином, відчужувач передає у власність набувачеві цінне майно, взамін чого останній отримує це майно і зобов'язується забезпечувати третю особу утриманням та (або) доглядом. Третя особа у договорі довічного утримання (догляду) не є стороною договору, оскільки має відповідно до ст. 636 ЦК України лише право вимагати від боржника виконання обов'язку на свою користь або ж відмовитися прийняти виконання.

Таким чином, цивільним законодавством передбачено можливість укладення договору довічного утримання (догляду) й на користь третьої особи, яка забезпечується утриманням та (або) доглядом довічно і виступає лише в ролі особи, що забезпечується, а не набувачем майна. Третя особа не є окремою стороною в договорі довічного утримання (догляду). Тобто її згода на його укладення не є необхідною.

Права та обов'язки сторін у договорі довічного утримання (догляду). За договором довічного утримання (догляду) вони фактично вичерпуються з передачею набувачеві права власності на нерухоме

майно, яке не обтяжене заставою, а також на рухоме майно, що має значну цінність.

Набувач зобов'язується виконувати всі вимоги, що полягають у здійсненні всіх необхідних дій з матеріального забезпечення відчувача, з його утримання та догляду. Це може бути надання окремої кімнати, житла (ст. 750 ЦК України), харчування, а також створення необхідних побутових умов та необхідної допомоги. При цьому всі види матеріального забезпечення та догляду мають підлягати грошовій оцінці і повинні відповідати таким нормативним актам, як Закон України «Про індексацію грошових доходів населення» від 3 липня 1991 р.¹ та постанова КМУ «Про затвердження Порядку проведення індексації грошових доходів населення» від 17 липня 2003 р. № 1078². Наведений порядок індексації має застосовуватися у разі, коли договором довічного утримання (догляду) передбачається надання відчувачеві щомісячного матеріального забезпечення. У випадку отримання набувачем у власність будинку (квартири) відчувача у договорі повинно бути чітко визначено: яку кімнату буде надано відчувачеві, її розмір, місцезнаходження (поверх), опалення (температура в кімнаті), освітлення тощо. Набувач зобов'язаний надати відчувачу житло, не погіршуючи при цьому умов, передбачених договором довічного утримання (догляду) тощо. Виконання договору полягає у наданні всіх видів матеріального забезпечення відповідно до змісту договору.

При укладенні договору довічного утримання (догляду) сторони повинні визначити всі види матеріального забезпечення, обсяг, способи та форми. За загальним правилом має бути визначено вид і кількість харчування – скільки разів на добу, калорійність тощо. Оскільки цей договір передбачає можливість догляду, то сторони мають чітко визначити, в чому саме полягатиме такий догляд. Необхідно також при укладенні договору довічного утримання (догляду) визначити умови, форми, способи догляду, їх періодичність, якість та зміст. Якщо у договорі визначено, що відчувач потребує медичного обслуговування, то треба вказати, якого саме – загального чи спеціального, які ліки необхідні, їх кількість і приблизна вартість.

¹ Про індексацію грошових доходів населення : Закон України від 3 лип. 1991 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1282-12#Text> (дата звернення: 21.06.2020).

² Про затвердження Порядку проведення індексації грошових доходів населення : постанова Каб. Міністрів України від 17 лип. 2003 р. № 1078. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1078-2003-%D0%BF#Text> (дата звернення: 21.06.2020).

Отже, набувач має надати будь-яку необхідну допомогу, яка потрібна відчужувачу. Деякі види утримання чи матеріального забезпечення не можна чітко визначити заздалегідь при укладенні договору. Сторонам може бути невідомо наперед, який догляд потрібний, чи визначити обсяг необхідної допомоги, яка буде потрібна відчужувачеві через деякий час у процесі чинності договору. Саме тому вважається, що викладена норма ч. 1 ст. 749 ЦК України є не досить вдалою. Викладений зміст положення через конструкцію *«можуть бути визначені»* дозволяє дійти висновку про необов'язковість, відповідно неістотність умови про матеріальне забезпечення за договором довічного утримання. Пропонується частини 1 та 2 ст. 749 ЦК України викласти у такій редакції: *«1. У договорі довічного утримання (догляду) визначеними мають бути усі можливі види матеріального забезпечення, а також усі можливі види догляду, якими набувач має забезпечувати відчужувача.*

2. У разі виникнення потреби забезпечити відчужувача іншими видами матеріального забезпечення та догляду спір має вирішуватися на засадах добросовісності, розумності та справедливості». Відповідно ч. 2 вважатиметься ч. 3 наведеної статті.

Ще одним обов'язком, яким наділений набувач, є надання ритуальних послуг. Навіть у випадку, коли ця умова в договорі не вказана, набувач не звільняється від цього обов'язку. У випадку, коли частина майна відчужувача належить спадкоємцям за законом або заповітом, витрати на поховання мають бути справедливо розподілені між спадкоємцями та набувачем. Набувач не має права до настання смерті відчужувача продавати, дарувати, міняти майно, передане за договором довічного утримання (догляду), укладати щодо нього договір застави, передавати його у власність іншій особі тощо.

У випадках неможливості виконання фізичною особою обов'язків набувача, з підстав, що мають важливе значення, обов'язки набувача можуть бути передані за згодою відчужувача члену сім'ї набувача або іншій особі за їхньою згодою (ст. 752 ЦК України). Враховуючи те, що ст. 752 ЦК України не визначено ані примірного переліку підстав заміни набувача, ані його порядку, вважається, що такими підставами можуть бути: істотне погіршення майнового стану набувача, тяжка хвороба його або членів його сім'ї, звільнення з роботи, а також інші обставини, які призводять до неможливості належного виконання зобов'язань за до-

говором. При цьому за згодою відчужувача набувача, за наявності наведених обставин може замінити його член сім'ї або інша особа.

Щодо порядку здійснення та форми такої заміни законодавець також не наводить відповідного механізму. Вважається, що при виникненні такої ситуації слід застосовувати положення статей 520–523 ЦК України, зокрема, має бути складено правочин про заміну набувача між попереднім та новим, який має бути схвалений (підписаний) відчужувачем, і буде невід'ємною частиною договору довічного утримання (догляду). У разі відмови відчужувача на заміну набувача, договір довічного утримання має бути розірваним у судовому порядку (ст. 755 ЦК України) і може бути укладено з новим набувачем.

На жаль, законодавством не вирішеним залишилося питання щодо наслідків заміни набувача. Адже у набувача виникає право власності з моменту укладення договору. З цього приводу виникає справедливе питання: чи повинна виплачуватися вартість майна, пропорційна вартості наданого відчужувачеві утримання або догляду?

Зважаючи на наведене, вважається доречним внесення відповідних змін до ст. 752 ЦК України, зокрема викласти частини 1 та 2 у такій редакції: *«1. У разі неможливості подальшого виконання особою обов'язків набувача за договором довічного утримання (догляду) з підстав, що мають істотне значення (погіршення майнового стану, тяжка хвороба набувача або членів його сім'ї, чи інші обставини, що призводять до неможливості належного виконання обов'язків), за згодою відчужувача, набувача може замінити член його сім'ї або інша особа за їхньою згодою.*

2. У разі укладення договору про заміну набувача або розірвання договору довічного утримання (догляду), правові наслідки для набувача, в частині пропорційної вартості наданого ним утримання (догляду), на момент заміни чи розірвання договору, вирішуються на власний розсуд між набувачами, або в судовому порядку». Відповідно ч. 2 ст. 752 вважатиметься ч. 3 цієї статті.

Відповідно до ст. 753 ЦК України набувач та відчужувач можуть домовитися про заміну речі, яка була передана за договором довічного утримання (догляду), на іншу річ. При цьому обсяг прав обов'язків набувача може бути за домовленістю сторін змінений або залишений незмінним. Зважаючи на те, що у ст. 753 ЦК України не зазначено ані підстав для заміни речі, ані видів речей, які можуть бути замінені за

договором довічного утримання вважається, що заміні підлягають будь-які речі, які підпадають під предмет договору довічного утримання. Заміна майна має здійснюватися виключно за взаємною згодою сторін договору шляхом внесення змін та доповнень до договору довічного утримання, які вчинені у тій самій формі, що й сам договір.

Положення ст. 754 ЦК України спрямовані на захист прав відчужувача. Встановлення на законодавчому рівні правових обмежень, зокрема заборони продажу, дарування, міни, укладення щодо майна договору застави тощо, стимулюватимуть набувача належним чином виконувати умови договору довічного утримання (догляду). З огляду на наведене, що ч. 1 ст. 754 ЦК України слід викласти у такій редакції: *«1. На майно, передане набувачу за договором довічного утримання (догляду) нотаріусом накладається заборона відчуження, відповідний запис робиться на усіх примірниках договору»*. Відповідно частини 2 і 3 цієї статті залишити без змін.

Підстави та правові наслідки припинення договору довічного утримання визначені статтями 755–758 ЦК України.

За ЦК України договір довічного утримання (догляду) може бути розірваний: за рішення суду; на вимогу відчужувача або третьої особи у разі невиконання або неналежного виконання набувачем своїх обов'язків, незалежно від його вини; на вимогу набувача; може бути припинений зі смертю відчужувача.

Невиконання або неналежне виконання обов'язків не завжди призводить до припинення договору. Відчужувач вправі пред'явити позов про відшкодування збитків до суду. Розмір збитків визначається відповідно до грошової оцінки, вказаної у договорі. У винятковому випадку існує можливість подати позов не про припинення дії договору довічного утримання (догляду), а про обов'язок набувача виконати обов'язки, взяті на себе, або про стягнення грошової компенсації всіх видів матеріального забезпечення, вказаних у договорі.

Договір довічного утримання (догляду) може бути розірваний також з ініціативи набувача у тому випадку, коли через незалежні від нього обставини його майнове становище змінилося настільки, що він не спроможний надавати відчужувачу належне матеріальне забезпечення, обумовлене в договорі. ЦК України не дає переліку таких підстав, однак до них можуть належати інвалідність самого набувача, переїзд в іншу місцевість і відмова відчужувача змінити місце про-

живання, неможливість виконувати свої обов'язки внаслідок погіршення майнового стану набувача тощо. В такому разі залежно від тривалості утримання суд може зберегти за набувачем право власності на частину майна.

Наслідки розірвання договору довічного утримання (догляду) залежать від підстав його розірвання. Якщо договір був розірваний внаслідок невиконання або неналежного виконання набувачем своїх обов'язків, останній повинен повернути майно відчужувачеві. В такому випадку право власності на майно, передане за договором довічного утримання (догляду), у набувача припиняється після припинення договірних відносин із зазначених підстав, а у відчужувача право власності поновлюється. Витрати, зроблені набувачем щодо утримання майна, йому не відшкодовуються.

У разі, якщо розірвання договору довічного утримання (догляду) здійснюється з підстав неможливості його подальшого виконання, правові наслідки визначаються на розсуд суду. Суд вправі залишити за набувачем право власності на частину майна з урахуванням тривалості часу, протягом якого він належно виконував свої обов'язки за договором. Можливість застосування таких наслідків судом може виникати за неможливості виконання обов'язків набувачем у зв'язку з втратою працездатності, тяжкої хвороби, в тому числі близьких родичів, погіршення майнового стану тощо.

Смерть відчужувача майна є юридичним фактом припинення договору довічного утримання (догляду). У свою чергу, смерть набувача (фізичної особи) слід розглядати як юридичний факт, що зумовлює виникнення правонаступництва щодо майна, яке було власністю набувача. Права і обов'язки набувача за договором переходять до його спадкоємців, у тому числі і право власності на майно, передане набувачеві відчужувачем. При цьому, якщо спадкоємець за заповітом відмовляється від прийняття спадщини, правонаступниками можуть бути спадкоємці за законом. У разі відсутності спадкоємців або їх відмови від прийняття спадщини майно повертається відчужувачеві, який знову набуває на нього право власності.

Безпосереднім юридичним фактом припинення договору буде відмова спадкоємців набувача прийняти спадщину або закінчення терміну для прийняття спадщини. У випадку відсутності спадкоємців або у разі їхньої відмови від прийняття майна, відчужувач набуває права

власності на повернене майно і договір довічного утримання (догляду) припиняється.

З огляду на те, що порядок переходу обов'язків набувача до спадкоємця залишився поза увагою законодавця, пропонується ст. 757 ЦК України доповнити ч. 2 та викласти її в такій редакції: «2. У разі успадкування спадкоємцями прав та обов'язків набувача майна за договором довічного утримання (догляду) їм видається свідоцтво про право на спадщину, яке є невід'ємною частиною договору і підлягає державній реєстрації у встановленому законодавством порядку». Частина 2 слід вважати частиною 3 ст. 757 ЦК України.

За нормами ст. 758 ЦК України, у разі припинення юридичної особи – набувача з визначенням правонаступників до них переходять права та обов'язки за договором довічного утримання (догляду). Внаслідок ліквідації юридичної особи – набувача майна, що було передане їй за договором довічного утримання (догляду), може перейти до її засновника (учасника), до нього також переходять права та обов'язки набувача за договором довічного утримання (догляду). До правонаступників юридичної особи у разі припинення її діяльності переходять обов'язки юридичної особи-набувача з усіма наслідками відповідно до договору. У разі відмови правонаступника продовжити виконувати обов'язки набувача, до відчужувача повертається майно, передане у власність юридичній особі. У випадку ліквідації юридичної особи-набувача право власності на майно, передане за договором довічного утримання (догляду), повертається до відчужувача.

Виходячи із суті договору, права і обов'язки за договором довічного утримання (догляду) можуть переходити пропорційно до декількох засновників юридичної особи, пропорційно до їх часток у статутному фонді.

ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ З ПЕРЕДАННЯ МАЙНА У ТИМЧАСОВЕ КОРИСТУВАННЯ

Конституційний принцип свободи підприємницької діяльності дає змогу залучати різноманітні соціально-економічні механізми формування майнової основи її здійснення. Безперечно, що з погляду економічної ефективності рентабельним є використання основних фондів виробничого призначення на праві власності, проте це не завжди зручно і можливо. Саме тому існував та продовжує діяти орендний тип підприємництва як альтернативний спосіб вирішення господарських завдань.

Унікальність найму (оренди) виявляється в тому, що ця форма співробітництва забезпечує можливість отримати вигоду одночасно всіма його учасниками: наймодавець отримує як дохід плату за найм (оренду) свого майна, а наймач одержує вигоду від використання цього майна, яка може проявлятися в різних аспектах, починаючи від реклами товарів (робіт, послуг) і завершуючи отриманням доходів.

Сьогодні відносини найму (оренди) забезпечені ефективною й водночас адекватною тенденціям розвитку суспільних відносин у сфері використання майна правовою регламентацією, в основі якої лежать положення ЦК України. У цьому кодифікованому акті гармонійно поєднано класичні положення про договори майнового найму, які апробовані багатовіковою практикою їх застосування, та нові правила поведінки, зумовлені стрімким розвитком ринкових відносин у нашій державі.

ЦК України, будучи системоутворювальним актом цивільного законодавства, передбачає можливість застосування законів та інших нормативно-правових актів, положення яких доповнюють його норми або встановлюють спеціальні правила для окремих видів відносин тимчасового користування майном, що мають свою специфіку.

У контексті аналізу інституційних джерел регулювання відносин користування майном практично-прикладний інтерес становить питання гармонізації цивільного і господарського законодавства в цій

сфері і, як наслідок, – усунення дублювань і неузгодженостей у їхніх правових нормах.

Законодавець у ст. 9 ЦК України допускає встановлення законом особливостей регулювання майнових відносин у сфері господарювання. «Проте тут йдеться лише про особливості, – зауважує професор А. С. Довгерт, – а не про встановлення зовсім іншого правового механізму для регулювання приватних відносин у підприємницькій сфері. При встановленні цих особливостей не можуть порушуватися основні засади цивільного законодавства, а отже, викривлятися основні категорії приватного права. Тут ще раз потрібно підкреслити, що положення законів (у тому числі кодексів) у сфері господарювання не діють, якщо вони суперечать відповідним положенням ЦК України»¹.

Зустрічний припис з боку ГК України щодо можливості застосування до відносин оренди відповідних положень ЦК України, зроблено в ч. 6 ст. 283 ГК України, проте із застереженням про необхідність врахування особливостей, передбачених ГК України. Наочним прикладом такого господарсько-нормативного застереження на стадії припинення договору оренди є ч. 3 ст. 291 ГК України, відповідно до якої договір оренди може бути достроково розірвано на вимогу однієї з його сторін з підстав, передбачених ЦК України для розірвання договору найму, однак у порядку, встановленому ст. 188 ГК України. Утім під час вирішення питання щодо правових наслідків припинення договору оренди цивільно-правове регулювання відносин найму застосовується без будь-яких застережень (ч. 4 ст. 291 ГК України).

Представники господарсько-правової доктрини відстоюють думку, «що ГК має значення спеціального закону у сфері правового регулювання тих майнових відносин, учасниками яких є суб'єкти господарювання і щодо яких значення загального закону має Цивільний кодекс України»². Такі правила «співжиття» обох кодифікованих актів вкрай негативно оцінюють цивілісти, вважаючи, що норми ГК України «практично повсюдно витісняють» норми ЦК України. «Тобто цивільні норми залишаються настільки зажатими в глухий кут, що вихід для їх

¹ Цивільний кодекс України : наук.-практ. коментар / за ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. Київ : Істина, С. 6.

² Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / Г. Л. Знаменський, В. В. Хахулін, В. С. Щербина та ін. ; за заг. ред. В. К. Мамутова. Київ : Юрінком Інтер, 2004. С. 16.

дії обмежується лише так званими побутовими правочинами (договорами) і то́ під великим питанням, бо при бажанні можна і продаж квартири або будинку прирівняти до господарського договору»¹.

Свою позицію з цього приводу неодноразово висловлював Вищий господарський суд України спочатку в Інформаційному листі від 7 квітня 2008 р. №01–8/211 «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного і Господарського кодексів України»², а згодом у постанові від 29 травня 2013 р. №12 «Про деякі питання практики застосування законодавства про оренду (найм) майна»³. Вищий господарський суд України зазначив, що зі змісту приписів ст. 1, ч. 2 ст. 9, ч. 2 ст. 759, ч. 3 ст. 760 ЦК України та ч. 2 ст. 4, ч. 6 ст. 283 ГК України випливає, що ЦК України встановлені загальні положення про найм (оренду), а особливості регулювання майнових правовідносини, які виникають між суб'єктами господарювання і пов'язані з укладенням, виконанням та припиненням договорів оренди, передбачені ГК України. Отже, якщо останній не містить таких особливостей, то застосовуються відповідні положення ЦК України.

Водночас в Інформаційному листі Вищого господарського суду України, відповідаючи на запитання: «Чи співвідносяться ЦК України та ГК України як загальний та спеціальний закони?», зауважив, що при його вирішенні слід виходити з того, що при правозастосуванні застосовується не в цілому закон як нормативно-правовий акт, а відповідна правова норма чи її частина, за змістом якої і визначається, чи є ця норма (її частина) спеціальною чи загальною.

Вбачається, що Вищий господарський суд України прийняв запропонований юридичною наукою підхід до вирішення поставленого питання, за яким «розмежування між кодексами має проходити не за принципом – «загальний» ЦК і «спеціальний» ГК – а у площині конкуренції окремих норм цих кодексів. Як «загальний» ЦК може містити

¹ Спасибо-Фатеева І. Вплив строку на договірне зобов'язання. URL : <http://uad.exdat.com/docs/index-781122.html> (дата звернення: 27.08.2020).

² Про деякі питання практики застосування норм Цивільного і Господарського кодексів України : інформаційний лист Вищ. господар. суду України від 07.04.2008 р. №01–8/211. URL : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v_211600-08 (дата звернення: 27.08.2020).

³ Про деякі питання практики застосування законодавства про оренду (найм) майна : постанова Пленуму Вищ. госп. суду України №12 від 29.05.2013 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0012600-13> (дата звернення: 27.08.2020).

спеціальні норми, так і «спеціальний» ГК може включати норми загальні»¹.

Щодо норм ГК України про оренду, то розглядаючи їх крізь призму особливостей правового регулювання, потрібно зауважити, що у більшості випадків положення ГК України у змістовному навантаженні збігаються із відповідними положеннями ЦК України. До такого висновку неодноразово приходили дослідники цієї тематики, демонструючи як приклад порівняння відповідних положень кодифікованих актів.

Отже, вважаємо за необхідне підтримати доктринальну думку про необхідність вилучення § 5 із гл. 30 ГК України положень про оренду.

Коло осіб, які можуть вступати в договірні відносини найму на стороні наймодавця, визначено в ст. 761 ЦК України. Такими є власники речей, особи, яким належать майнові права та особи, уповноважені на укладання договору найму. Закріплюючи в ЦК України розглянуту норму, законодавець мав на меті задекларувати, що у сфері приватноправових відносин єдиною правовою основою передавання майна в найм з власної волі є титул власника. Отже, будь-яка інша особа, котра не є власником, може вступати у відносини найму на стороні наймодавця за умови, що вона уповноважена на укладання договору найму. Таке розпорядче повноваження повинно впливати із закону або бути заснованим на спеціальному волевиявленні власника.

Значимість положень ст. 761 ЦК України в правовому регулюванні відносин найму не обмежується лише визначенням кола осіб, які можуть вступати в договірні відносини найму на стороні наймодавця, а позначається також у визначенні правових наслідків передавання за договором речі в користування особою, яка не є її власником, чи особою, не уповноваженою на укладання договору найму. Зокрема, такий договір вважається недійсним як такий, що суперечить ст. 761 ЦК України.

Положення ст. 761 ЦК України визначають загальні засади передавання майна в найм і через те поширюються на окремі його види та найм окремих видів майна. Прикладом пролонгації цих засад у відносинах оренди землі слугує ст. 4 Закону України «Про оренду землі», у ч. 1 якої зазначається, що орендодавцями земельних ділянок є громадяни та юридичні особи, у власності яких перебувають земельні

¹ Ще раз про співвідношення Цивільного та Господарського кодексів України. URL: http://yurincom.com/ua/legal_practice/analytichna_yurysprudentsiia/shche_raz_pro_spiivvidnoshennia_tsyvilnogo_ta_gospodarskogo_kodeksiv_ukrainy-publication (дата звернення: 27.08.2020).

ділянки, або уповноважені ними особи. З огляду на зазначене, редакційного уточнення потребує ч. 4 ст. 124 ЗК України, у якій замовчується про можливість уповноважених осіб бути орендодавцями земельних ділянок, адже відповідно до цієї норми передання в оренду земельних ділянок, що перебувають у власності громадян і юридичних осіб, здійснюється за договором оренди між її власником і орендарем.

Прикладом договірних конструкцій, за якими майно може передаватися у тимчасове користування особою, уповноваженою на укладання договору найму, є договір управління майном. Особливостями передання управителем майна в користування на договірних умовах найму є: презумпція згоди установника управління на укладання управителем договору найму (оренди) цього майна. Таким чином, заборона чи обмеження можливості укладання управителем договору найму (оренди) довіреного йому майна можуть встановлюватись лише договором управління. Зазначена свобода не поширюється на відносини позички; плата, яка справляється з наймача за користування майном, належить не управителю як наймодавцю, а установнику управління; строк договору найму (позички) майна, який укладає управитель, не може перевищувати строку договору управління цим майном. Тому такий договір не може бути пролонгованим у порядку, визначеному ст. 764 ЦК України. Внаслідок цього запропоновано доповнити вказану статтю словосполученням, «якщо інше не впливає із суті зобов'язання».

У гл. 58 ЦК України відсутня норма, яка визначала б істотні умови договору найму. Отже, відповідно до загальних положень про найм (оренду), істотною для всіх видів договорів найму та договорів найму окремих видів майна є лише умова про предмет. Законодавець у ЦК України предметом договору найму (оренди) визначив речі та майнові права (ст. 760 ЦК України). Втім невинний розвиток комерційного обороту спонукає суб'єктів підприємництва залучати на договірних началах чуже майно, властивості якого не дають змоги беззастережно розцінювати його як предмет договору найму (оренди). Зокрема, сьогодні на практиці особи укладають нетипові договори, за якими в тимчасове користування на платній основі передають конструктивні елементи будівлі (стіну, дах), земельну частку (пай).

Стан сучасного правового регулювання відносин з передання майна в користування доводить, що вирішення зазначених завдань законодавець

переклав на вітчизняну доктрину права. Однак юридична наука і договірна практика сьогодні не виробили чіткої й одностайної позиції стосовно кваліфікації відносин з передання в тимчасове користування частини речі. Утім відсутність єдиної науково обгрунтованої концепції правової природи відносин з передання в користування частини нерухомої речі та чітко окресленої сфери їх правового регулювання не стали перешкодою для укладання на практиці договору оренди частини стіни чи даху будівлі (споруди). Зазвичай у цих випадках моделювання правил поведінки відбувається з використанням положень гл. 58 ЦК України.

Більш того, масштабне застосування на практиці такого роду договірних конструкцій надало імпульс розгляду в судах спорів, спричинених порушенням прав їхніх сторін та невиконанням чи неналежним виконанням узятих ними зобов'язань. Приймаючи рішення, суди також кваліфікують спірні матеріальні правовідносини як орендні, оскільки положення ЦК України не обмежує право сторін укласти договір оренди, за яким у користування орендарю надається не вся річ загалом, а лише її окрема частина. Подібний підхід є найбільш оптимальним варіантом врегулювання такого роду майнових відносин, оскільки дає змогу застосовувати юридичний інструментарій загальних положень про найм (оренду) гл. 58 ЦК України.

З розвитком майнового обороту заслуговують на увагу і ті випадки найму (оренди), коли користування здійснюється без вибуття речі із майнової сфери. Прикладами такого найму можна назвати користування рухомими речами у приміщенні наймодавця. За останні роки став популярним договір оренди робочого місця (коворкінг). Використання такої договірної моделі виключає потребу укласти договір оренди приміщення. Цивільне законодавство не визначає поняття «робочого місця», однак практика укладання таких договорів вказує, що це сукупність речей, необхідних орендарю для здійснення підприємницької діяльності. Як правило, перелік таких речей та адреса приміщення, де вони знаходяться, вказується у договорі. З огляду на тенденцію поширення такої договірної моделі доречно законодавчо закріпити особливості такого режиму користування. Зокрема: право найму не слідує за річчю; наймач не має переважного права на купівлю речі в разі її продажу наймодавцем; капітальний і поточний ремонт речі здійснює наймодавець за власний рахунок; наймач не має права на укладання договору піднайму.

Традиційно основним обов'язком наймодавця є обов'язок передати наймачеві майно негайно або у строк, встановлений договором найму (ст. 765 ЦК України). Цілком логічно, що фактичне передавання майна в користування, як і його повернення, має бути зафіксоване в юридично значимих документах. Таким документом може виступати акт прийому-передачі чи інший документ. Проте гл. 58 ЦК України не обумовлює обов'язку складання такого роду документа для всіх без винятку договорів про передавання майна в користування, а також не містить загальних вимог щодо його форми. Відповідний обов'язок встановлений щодо окремих різновидів договору найму (оренди). Зокрема, ст. 795 ЦК України передбачає, що передавання наймачеві будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини), а також повернення наймачем предмета договору найму, оформляється відповідним документом (актом), який підписують сторони договору.

Доречність нормативного закріплення вказаного правила поведінки та значимість його правового навантаження отримали неоднозначну оцінку дослідників. Так, К. Ємельяненко та В. Діденко схиляються до думки, що зазначена норма суперечить як загальним правилам припинення зобов'язань, так і здоровому глузду, оскільки якщо розглядати її буквально, то не підписання акта або іншого документа, що підтверджує повернення об'єкта оренди, може розглядатися як продовження договору, незважаючи на наявність підстав для припинення оренди (наприклад, закінчення строку оренди й повідомлення орендодавця про небажання її продовжити). У цьому випадку можливі зловживання з боку як орендодавця, так і орендаря, що може блокувати підписання документа про повернення об'єкта оренди¹. Водночас Ю. О. Серебрякова зауважує, що відсутність акта прийому-передачі приміщення від орендодавця до орендаря, навіть якщо фактично вона відбулася, може бути кваліфіковано як відмову від виконання договору та припинення орендних відносин².

Судова практика стоїть на позиції визнання факту виникнення або припинення орендних відносин між сторонами договору лише за умови підтвердження факту передачі об'єкта оренди. Разом із тим у чинному законодавстві відсутні єдині вимоги щодо обов'язковості скла-

¹ Ємельяненко К., Діденко В. «Арендний конфликт» українских кодексов. *Commercial Property*. 2004. №6. С. 66–69.

² Серебрякова Ю. О. Проблеми правового регулювання оренди нерухомості в сфері господарювання. *Підприємство, госп-во і право*. 2006. №9. С. 51–54.

дання акта приймання-передачі об'єкта оренди або іншого документа, що підтверджує цей факт, а це, у свою чергу, створює в контрагентів уявлення про необов'язковість їх складання та як наслідок – проблеми під час виконання або розірвання договору найму (оренди).

Складання передавального акта має насамперед два основних завдання: 1) встановити в часі факт виконання наймодавцем обов'язку щодо передавання у користування майна; 2) встановити кількісний та якісний стан предмета договору на момент його передавання, що відіграє неабияку роль при захисті прав сторін договору. Водночас законодавець пов'язав підписання цього документа з обчисленням строку договору, зауважуючи, що інше може бути встановлено самим договором (ч. 1 ст. 795 ЦК України).

Зміст вказаної норми потребує уточнення, оскільки право оренди відповідно до ч. 3 ст. 3 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» виникає з моменту такої реєстрації. Сміслові зіставлення вказаних положень утворює неузгодженість, за якої право володіння і користування річчю за договором найму передують обчисленню строку цього договору. Задля усунення вказаної невідповідності доцільно зазначену норму викласти в такій редакції: «З цього моменту починається обчислення строку користування майном».

Передаючи річ у користування, наймодавець може надати гарантію її якості протягом усього строку найму (ч. 1 ст. 768 ЦК України). У юридичній літературі з цього приводу вдало зазначено, що «...якщо сторони узгодили таку умову договору найму, як гарантування якості речі наймодавцем, то у наймача відсутній обов'язок перевірити стан речі. Тобто ризик у зв'язку з можливою появою недоліків покладається на наймодавця»¹.

Вказана новела цивільного законодавства потребує редакційного уточнення для того, щоб усунути імперативний підхід до визначення строку гарантії, адже сторони не повинні позбавлятися можливості встановлювати в договорі менший гарантійний строк, порівняно зі строком найму. Вбачається за доцільне викласти ч. 1 ст. 768 ЦК Укра-

¹ Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т. 8: Договори про передачу майна у власність та користування / за ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Серія «Коментарі та аналітика». Харків : ФОП Лисяк Л. С., 2013. С. 388.

їни в такій редакції «Наймодавець може гарантувати якість речі протягом встановленого у договорі строку».

З метою урівноваження прав та обов'язків обох сторін, на наймача, згідно з ч. 3 ст. 767 ЦК України, покладається обов'язок у присутності наймодавця перевірити справність речі. Якщо наймач у момент передавання речі в його володіння не переконується в її справності, річ вважається такою, що передана йому в належному стані. Тобто наймодавець не буде відповідати і за ті недоліки речі, які наймач мав би віднайти під час огляду речі, що передається в найм.

Досліджуючи проблемні аспекти передачі майна наймачеві, О. В. Мороз зауважує, що оскільки недоліки майна можуть бути прихованими і явними, то положення ч. 3 ст. 767 ЦК України можна застосовувати винятково для перевірки справності речі щодо наявності очевидних недоліків. Приховані ж недоліки не завжди можна виявити під час огляду речі. Тому автор справедливо пропонує внести доповнення до чинного законодавства, якими встановити, що у разі виявлення прихованих недоліків в об'єкті найму після його прийняття наймач має ті ж права, що й у випадку, коли наймодавець гарантує якість речі, переданої в найм, а саме: 1) заміни речі, якщо це можливо; 2) відповідного зменшення розміру плати за користування річчю; 3) безоплатного усунення недоліків речі або відшкодування витрат на їх усунення; 4) розірвання договору і відшкодування збитків, які були йому завдані. При цьому наймача слід звільнити від внесення плати за користування річчю за період, протягом якого об'єкт не міг бути використаний, і надати право вимагати відшкодування неотриманої вигоди та збитків, заподіяних йому затримкою виконання. Водночас науковець робить застереження про те, що у випадку, коли наймач був обізнаний із наявністю недоліків об'єкта найму, але не зажадав їх усунення від наймодавця, він втрачає право на стягнення заподіяного йому збитку¹.

При укладенні договору найму наймодавець зобов'язаний повідомити наймача про всі права третіх осіб на річ, що передається у найм. Якщо наймодавець не повідомив про наявність таких прав, наймач має право вимагати зменшення розміру плати за користування річчю або розірвання договору та відшкодування збитків (ч. 2 ст. 769 ЦК України). Проте у Законі України «Про іпотеку» правовим наслідком неповідом-

¹ Мороз О. В. Проблемні аспекти передачі майна наймачеві за договором найму. *Актуальні проблеми цивільного права* : зб. наук. пр. за результатами міжнар. наук.-практ. конференції (м. Харків, 13–14 трав. 2011 р.). Харків, 2011. С. 336.

лення наймача про права третіх осіб на річ, що передається у найм, передбачено визнання договору найму недійсним. З огляду на це доречно уточнити зміст ч. 2 ст. 769 ЦК України, доповнивши його реченням такого змісту: «Інші правові наслідки можуть встановлюватися законом».

Коли договір найму визнано недійсним, наймодавець зобов'язаний повернути наймачеві внесену ним плату за користування річчю, а наймач повинен негайно повернути наймодавцю передану в найм річ у стані, в якому вона була одержана, з урахуванням нормального зносу за період користування. Водночас наймач зобов'язаний відшкодувати вартість користування майном за цінами, які склалися на момент відшкодування. Отож, у підсумку наймач, крім повернення наймодавцю речі, зобов'язаний на вимогу останнього компенсувати різницю в оплаті за найм, якщо плата за користування такими ж речами на момент, коли набуло законної сили рішення суду, є більшою за плату, яка справлялася з наймача.

Крім вимагання зменшення розміру плати за користування річчю або вимагання розірвання договору та відшкодування збитків наймач може скористатися й іншою можливістю, визначеною в ч. 3 ст. 528 ЦК України. Зокрема, у разі настання небезпеки втратити право найму майна наймодавця, з причини звернення кредитором наймодавця стягнення на це майно, наймач може за свій рахунок задовольнити вимогу кредитора без згоди наймодавця. У цьому випадку до наймача перейдуть права кредитора і застосовуватимуться положення статей 512–519 ЦК України.

Одним із основних обов'язків наймача є внесення ним орендної плати за користування майном. Юридична наука і судова практика тлумачать поняття «невнесення плати» так, що плата повністю не вноситься. Якщо наймач не вносить плату за користування річчю протягом трьох місяців підряд, наймодавець має право відмовитись від договору найму і вимагати повернення речі (ч. 1 ст. 782 ЦК України). Наслідком такої відмови є розірвання договору з моменту одержання наймачем повідомлення наймодавця про відмову від договору. За відсутності в загальних положеннях про найм (оренду) норми, яка визначала б форму такого повідомлення, зазначене питання необхідно вирішувати шляхом застосування ст. 654 ЦК України про форму зміни або розірвання договору. Таким чином, повідомлення наймача про односторонню відмову від договору найму наймодавець повинен вчи-

нити в такій самій формі, що й договір, якщо інше не встановлено договором або законом чи не впливає зі звичаїв ділового обороту.

У юридичній літературі неодноразово зауважувалось, що законодавчо визначена можливість відмовитися від договору найму не позбавляє наймодавця права застосовувати інші оперативні заходи для захисту його прав та інтересів. Ідеться, зокрема, про звернення наймодавця до суду з вимогою розірвати договір найму в односторонньому порядку в разі невнесення наймачем платежів протягом трьох місяців підряд. Наприклад, О. П. Подцерковний у науковому висновку про застосування норм матеріального права вказує, що невизнання права орендодавця на розірвання договору в разі несплати орендарем платежів означало б невизнання права на звернення до суду із захистом порушеного права, що є неприпустимим¹.

Судова практика, яка склалася щодо вирішення питання правової поведінки наймодавця у випадку невиконання наймачем обов'язку щодо сплати платежів за користування майном упродовж трьох місяців підряд, теж стоїть на позиції, що законодавчо надана наймодавцю можливість розірвати за даних обставин договір найму в неюрисдикційній формі не позбавляє його права звернутися до суду з вимогою розірвати такий договір, якщо вбачається істотне порушення його умов невиконання наймачем платежів протягом зазначеного строку. Водночас для вирішення спору не має правового значення погашення наймачем заборгованості до або після подання позову наймодавцем та дотримання порядку досудового врегулювання спору.

Екстраполюючи результати аналізу судової практики на законодавчо визначену можливість наймодавця відмовитися від договору найму, можна зробити висновок, що для здійснення права на відмову від договору не має правового значення погашення наймачем заборгованості в період між виникненням тримісячного боргу та одержання наймачем повідомлення наймодавця про відмову від договору.

Отже, право на відмову від договору для наймодавця законодавець обумовив двома факторами: по-перше, відсутністю зустрічного задоволення з боку наймача, яке виражається у невнесенні плати за користування майном; по-друге, така відсутність повинна тривати щонайменше три місяці підряд. З огляду на можливість сторін договору найму

¹ Подцерковний О. П. Науковий висновок про застосування норм матеріального права. URL : http://economiclaw.od.ua/wp-content/uploads/2013/03/3-26r12_drapaylo.doc (дата звернення: 01.09.2020).

визбирати форму плати за користування майном (у грошовій або натуральній формі), застосування положень ст. 782 ЦК України можливе, коли зустрічне задоволення наймача позначається у вчиненні ним щомісячно дій, скерованих на внесення плати у визначеній договором формі (сплата певної суми грошей, надання послуг тощо). Якщо сторони договору найму погодили іншу періодичність зустрічного задоволення наймача (квартал, півріччя тощо), то правові наслідки невиконання наймачем обов'язку щодо внесення плати зазвичай встановлюють у договорі. Водночас наймодавець не позбавлений права вимагати розірвання договору в суді, якщо вбачається істотне порушення умов договору несвоєчасним внесенням наймачем плати за користування майном.

На нашу думку, розглянуті правові можливості наймодавця доцільно легалізувати, доповнивши ч. 1 ст. 783 ЦК України п. 5 такого змісту: «наймач не вносить плату за користування річчю впродовж строку, визначеного договором або законом, і в таких діях вбачається істотне порушення договору найму».

За загальним правилом, закріпленим у ст. 778 ЦК України, наймач може поліпшити річ, яка є предметом договору найму, лише за згодою наймодавця. У цьому випадку наймач має право на відшкодування вартості необхідних витрат або на зарахування їхньої вартості в рахунок плати за користування річчю. Якщо ж наймач зробив поліпшення без згоди наймодавця і їх не можна відокремити без шкоди для речі, то він не має права на відшкодування їхньої вартості.

Аналогічні правила закріплені й у спеціальних законодавчих актах, які регулюють окремі різновиди договору найму (оренди). На перший погляд, можна дійти висновку про досить деталізоване законодавче регулювання умов та наслідків поліпшення наймачем майна в період його найму. Однак, як свідчить практика, ст. 778 ЦК України потребує удосконалення. Основний її недолік полягає в тому, що вона не містить вимоги щодо форми надання згоди на поліпшення наймачем майна. Через те можна лише припускати наявність такої необхідності. У цьому контексті доречною є думка Ю. О. Серебрякова про те, що правова норма не може вважатися ефективною й оптимальною з точки зору законодавчої техніки, якщо її тлумачення ґрунтується на припущенні¹.

Своє бачення розв'язання порушеної проблеми висловив В. Форманюк, який вважає, що дозвіл на внесення поліпшень у майно має бути

¹ Серебрякова Ю. О. Проблеми правового регулювання оренди нерухомості в сфері господарювання. *Підприємництво, госп-во і право*. 2006. №9. С. 51–54.

надано наймодавцем у формі, що відповідає формі договору оренди¹. Проте, на нашу думку, більш доцільним є висловлення згоди наймодавця в простій письмовій формі, адже окремі види договорів найму (оренди) передбачають нотаріальне посвідчення, тому отримання згоди наймодавця в такій формі на практиці може спричинити значні труднощі.

Відсутність у чинному законодавстві однозначних вимог щодо форми отримання згоди наймодавця на здійснення поліпшення речі, переданої в найм та практика розгляду судових спорів доводять необхідність законодавчого закріплення письмової форми вираження згоди наймодавця на поліпшення цієї речі зі встановленням обсягу та вартості поліпшень, якщо законом передбачено укладання договору найму (оренди) в письмовій формі.

Сьогодні систему договорів, за якими майно передається у користування, становить окремий договірний тип, системоутворювальним критерієм, для якого служить мета їх укладання. Систематизація цього договірного типу дозволяє виокремити три його договірні підтипи (договір майнового найму, договір найму (оренди) житла та договір позички), кожен з яких опосередковує окрему сферу соціально-економічних відносин тимчасового користування майном. Однак дві перші договірні форми водночас репрезентують договірні системи нижчого рівня ступеневої систематизації. Зокрема, видову гаму договору майнового найму становлять договір найму (оренди), договір прокату, договір лізингу, а структурними елементами системи договорів найму (оренди) житла є договір найму житла та договір оренди житла з викупом. Класифікаційні чинники виокремлення кожного із них – це низка необхідних і достатніх їхніх нормативно закріплених ознак.

Кваліфікаційний критерій ринкової системи прокату, який відокремлює його від інших видових конструкцій найму, повинен відображати одночасно його родовий фактор – «передання у користування», історичну ознаку – «рухомі речі» і ринкову особливість – «підприємницька діяльність».

Порівняно з попереднім правовим порядком ринкова система прокату спрямована на задоволення не лише побутових невиробничих, а й виробничих потреб, за умови, що така можливість передбачена дого-

¹ Цивільний кодекс України. Коментар. (Із змінами та доповненнями станом на 18 лютого 2004 року) / за заг. ред. Є. О. Харитонова, О. М. Калітенко. Одеса : Юрид. літ., 2004. С. 778.

вором. Вказана законодавча новела дала змогу організаціям залучати до виробничого процесу предмети прокатного фонду, не обтяжуючи себе проведенням їх капітального та поточного ремонту та залишаючи за собою можливість відмовитися від договору прокату в будь-який час. Доречно закріпити за сторонами такого договору можливість вирішувати питання капітального і поточного ремонту речі та її стану при поверненні на власний розсуд.

Увагу привертає розбіжність у змістовному навантаженні понятійного апарату ЦК України та Закону України «Про авторське право і суміжні права» від 23 грудня 1993 р. №3792-ХІІ¹, у якому законодавець при визначенні поняття «опублікування твору, фонограми, відеограми» застосовує категорії «побутовий» та «комерційний прокат», передбачаючи фактично поділ договору прокату на види. Поняття «комерційний прокат» використовується в тексті зазначеного Закону та в інших нормативних актах, що діють у сфері регулювання авторських та суміжних прав. Таке законодавче рішення, на нашу думку, є безпідставним, оскільки: по-перше, наймодавцем за договором прокату завжди є суб'єкт підприємницької діяльності (ч. 1 ст. 787 ЦК України), а його діяльність, пов'язана з передаванням речей у прокат, завжди є комерційною. По-друге, невизначеними залишаються підстави проведення такої диференціації. По-третє, ЦК України оперує саме категоріями «прокат» та «договір прокату» і не містить визначення чи посилання на поняття «комерційний прокат» або «договір комерційного прокату».

У зв'язку з вищенаведеним необхідно внести зміни в Закон України «Про авторське право і суміжні права» від 23 грудня 1993 р. №3792-ХІІ, якими:

1) у ст. 1 вказаного Закону вилучити з визначення терміна «опублікування твору, фонограми, відеограми» словосполучення «побутового чи комерційного прокату», замінивши їх словосполученням «передання в прокат»;

2) замінити в тексті вищезазначеного Закону словосполучення «комерційний прокат» в усіх відмінках на слово «прокат» у відповідних відмінках.

Не позбавлене суперечливих моментів і нормативне регулювання відносин найму житла, що негативно позначається на правозастосовній

¹ Про авторське право і суміжні права : Закон України від 11.07.2001 №2627-III. Відом. Верхов. Ради України. 2001. №43. Ст. 214.

практиці. Зокрема, серед інших суттєвою проблемою є використання в низці нормативно-правових актів неуніфікованого категоріального апарату щодо назви договору найму житла, який налічує кілька різних визначень одного правового явища.

Так, виходячи зі змісту ст. 812 ЦК України, предметом договору найму житла можуть бути помешкання, зокрема, квартира або її частина, житловий будинок або його частина. Отож, предмет договору визначений у цій статті через нове для законодавства поняття «помешкання». З огляду на ч. 3 ст. 825 ЦК України предметом договору найму може бути також кімната та частина кімнати. Потребою запровадження цієї правової категорії у сучасний правовий порядок користування приватним житлом є тенденція до розширення предмета договору найму (оренди) житла, яким є не тільки окремі об'єкти права власності, які відповідають вимогам щодо житла, але і частини цих об'єктів, які придатні для постійного проживання. З метою уникнення понятійного нашарування у цивільно-правовому регулюванні житлових відносин, запропоновано внести редакційну поправку у ст. 379 ЦК України, замінивши термін «приміщення» терміном «помешкання».

Тимчасове користування майном та безоплатність – два класифікаційні чинники, які разом зумовлюють самобутність договору позички і визначають його місце в системі цивільно-правових договорів. Перший із них вказує на належність цієї договірної конструкції до окремого договірного типу та забезпечує можливість застосування уніфікованих правил про тимчасове користування майном до договору позички. Другий – видоутворюючий, що є причиною моделювання окремих правил поведінки, кожне з яких є втіленням специфіки безоплатного користування неспоживчою, індивідуально визначеною річчю та модифікує в цьому контексті загальні положення про найм.

Утім не завжди видозміна правил поведінки, яку запропонував законодавець у гл. 60 ЦК України, є оптимальним розв'язанням проблеми правової регламентації позички. Безперечно, безоплатність користування суттєво позначається на обсязі прав і обов'язків сторін цього договору. Прикладом може слугувати ст. 830 ЦК України, яка звучує (порівняно зі ст. 766 ЦК України) коло альтернативних вимог користувача на той випадок, коли позичкодавець не виконує обов'язку передати річ у користування, залишаючи за користувачем право вимагати розірвання договору та відшкодування збитків. Однак наймач у такій

ситуації має право відмовитись від договору і також вимагати відшкодування завданих йому збитків. На нашу думку, ускладнення захисту інтересу користувача не спричинено безоплатністю договору, через те ст. 830 ЦК України потребує редакційного корегування в плані законодавчого закріплення за користувачем права на відмову від договору.

Уточнення крізь призму ефективності правового регулювання вимагає також п. 3 ч. 2 ст. 833 ЦК України, що визначає обов'язок користувача повернути річ після закінчення строку договору в такому самому стані, у якому вона була на момент її передавання. Про некоректність зазначеної норми неодноразово йшлося в юридичній літературі, адже нею не передбачено врахування нормального зносу речі під час її повернення позичкодавцеві, як це визначено ч. 1 ст. 785 ЦК України, що встановлює аналогічний обов'язок для наймача. Водночас порівнюючи редакцію обох норм, не складно помітити, що остання на два порядки детальніше регламентує виконання обов'язку повернути річ: по-перше, вимагає повернути річ за будь-яких причин припинення договору найму, а не лише після закінчення його строку; по-друге, вказує на часові межі виконання цього обов'язку, хоч і оціночною категорією «негайно». З огляду на сказане немає потреби запроваджувати спеціальне правило щодо врегулювання питання повернення речі, яку було передано в користування за договором позички (тим більше у редакції п. 3 ч. 2 ст. 833 ЦК України), а доцільно застосовувати відповідне загальне положення про найм.

У підсумку необхідно зазначити, що сучасне правове регулювання відносин тимчасового користування майном у ЦК України характеризується високим рівнем юридичної техніки, вдалим поєднанням традиційних положень і нових правил, що зумовлено переходом до ринкових принципів організації майнового обороту (наприклад, визначення плати за користування майном, строку користування, якщо вони не зазначені у договорі) та появою в соціально-економічному житті нашої держави нових ринкових відносин користування чужим майном (наприклад, лізингу, оренди житла з викупом). Утім аналіз сучасної судової практики, європейські тенденції правового регулювання орендних відносин та розширення сфери застосування договірної моделі найму (оренди) обумовлюють потребу ревізії змістовного навантаження окремих положень нормативного регулювання відносин тимчасового користування майном.

РОЗДІЛ 4

ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ З ВИКОНАННЯ РОБІТ

4.1. Загальні положення про договори підряду, їх систематизація

Наприкінці ХХ ст. у нашому суспільстві відбулася світоглядна переоцінка цінностей суспільного життя. Так, проголосивши себе суверенною і незалежною державою, Україна обрала курс на кардинальне реформування суспільного устрою, побудову громадянського суспільства і ринкової економіки, в якій функціонують різні форми власності та підприємництва. Зміни суспільно-політичного та економічного ладу в країні поставили на порядок денний необхідність вироблення нової концепції правового регулювання цивільних відносин загалом та договірних зокрема. Саме тому прийняття Цивільного кодексу України знаменувало новий етап розвитку договірного права загалом та зобов'язань з виконання робіт зокрема.

Разом із тим сьогодні (зважаючи на 16-ти річний досвід застосування ЦК) виникла нагальна потреба в оновленні окремих підходів до правового регулювання підрядних відносин, що зумовлено інтеграцією ринків України та країн – членів Європейського Союзу у зв'язку із набуттям чинності Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони.

Так, нагальною сьогодні є потреба в усуненні дублювань та розбіжностей, які існують у регулюванні підрядних відносин за Цивільним і Господарським кодексами та іншими актами законодавства України. Пріоритет тут має надаватись положенням Цивільного кодексу України, які мають для договірного права загальний характер. Крім того, має бути проведена велика робота з оновлення масиву нормативно-правових актів у сфері законодавства з виконання робіт щодо його застосування в договірній та судовій практиці, зокрема оновлення

розуміння договору підяду як юридичного факту, його регулятивного характеру, істотних умов, доцільність класифікації (видів) підрядних договорів у ЦК України, їх систематизації, розмежування станів визнання договору неукладеним та недійсним, належного та реального виконання зобов'язань, недосягнення згоди щодо усіх істотних умов чи їх неоднозначне розуміння сторонами тощо.

Отже, розгляд питань виявлення передумов та вироблення перспектив оновлення глави ЦК України, присвяченої договорам підяду, доцільно розпочати саме з систематизації договорів, що опосередковують зобов'язання із виконання робіт. З цього приводу одразу слід наголосити на логічній послідовності розміщення правових норм, що регулюють підрядні правовідносини, в межах гл. 61 ЦК України. Так, у гл. 61 ЦК України спершу викладено норми, що становлять правовий інститут підяду, в який включено загальні положення про підряд та різновиди цього договору.

Також у межах цієї глави виділено чотири основних різновиди поіменованих підрядних договорів:

- 1) договір підяду;
- 2) договір побутового підяду;
- 3) договір будівельного підяду;
- 4) договір підяду на проектні та пошукові роботи.

Із наведеного можемо зробити висновок про доцільність сприйняття системи підрядних договорів як складної внутрішньоорганізованої структури таких договорів у межах договірної типу зобов'язань із виконання робіт на основі їх ієрархічного поділу на види та різновиди, яка відображає їх диференціацію та взаємопов'язаність¹.

Разом із тим однією із особливостей ЦК України є відмежування від договорів підрядного типу договорів на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських та технологічних робіт (далі – НДРДКТР) як таких, що закінчуються створенням об'єкта права інтелектуальної власності. Така диференціація, в основі якої лежить юридико-технічний критерій, надала змогу створити спеціальний правовий режим, який може відмежувати відносини із виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських та технологічних робіт від типо-

¹ Гриняк А. Б. Теоретичні засади правового регулювання підрядних зобов'язань у цивільному праві України : монографія. Київ : НДІ приват. права і підприємництва НАПрН України, 2013. С. 76.

вих зобов'язань з виконання робіт. Це обумовлюється тим, що науково-дослідні, дослідно-конструкторські та технологічні роботи, на відміну від робіт, що виконуються за договорами підряду, мають творчий характер, а це пов'язано з ризиком досягнення саме того результату, на який розраховує замовник. Тому, якщо вказані роботи будуть виконані з досягненням іншого результату або виконавець зіткнеться з неможливістю вирішення того завдання, що ставить перед ним замовник, ризик виконання робіт лягає не на підрядника, як це передбачено договором підряду, а на замовника¹.

Водночас самостійність відокремлених від підряду договорів не є абсолютною. Враховуючи те, що в цьому випадку йдеться все ж таки про «підрядоподібні» договори, законодавець у ЦК України норми, які регулюють правовідносини з виконання НДРДКТР (гл. 62), розмістив після положень про договори підрядного типу, оскільки договори на виконання НДРДКТР пов'язує з договорами підряду те, що вони спрямовані на досягнення результату, відокремленого від роботи. Саме для досягнення цього результату сторони укладають договір на виконання НДРДКТР, оскільки замовників цікавить все ж таки результат робіт, нехай навіть негативний, а не роботи як такі².

Крім того, слід враховувати, що виконання договору на проведення НДРДКТР не може бути здійсненим без науково-технічних передумов, тоді як за договором підряду такі передумови не обов'язкові. Тобто договори підряду відрізняються від договорів на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських робіт та технологічних робіт, насамперед за предметом регулювання. У предметі договору підряду відсутня суттєва новизна, в той час як у предметі договору на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських робіт та технологічних робіт вона може існувати, тобто договір підряду не створює науково-технічних результатів. Отже, зважаючи на вищенаведене, можемо зробити висновок про недоцільність ототожнення договорів на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських і технологічних робіт із договорами підряду.

¹ Цивільне право : підручник : у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бегова та ін. ; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків : Право, 2011. Т. 2. С. 357.

² Гражданское право : учебник / Е. Ю. Валявина, Н. П. Василевская, Н. Д. Егоров и др. ; под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Москва : Проспект, 1997. Ч. 2. С. 365.

Слід зазначити, що система підрядних договорів постійно удосконалюється залежно від розвитку договірної практики, рецепції положень зарубіжного договірного права, накопиченого емпіричного матеріалу та рівня його розробки тими, хто проводить класифікацію. З ускладненням функцій ускладнюється і система договорів, у межах цього договірного типу з'являються нові види та підвиди підрядних договорів.

Важливим питанням при оновленні договірного законодавства у сфері виконання робіт є необхідність систематизації договірних моделей, що виступають регуляторами підрядних правовідносин. Необхідною умовою вирішення цього завдання є детальне вивчення та систематизація основних підрядних договорів. Таким чином, до основних договірних конструкцій, якими на сьогодні опосередковуються відносини із виконання робіт, можна віднести: договір підряду, договір побутового підряду, договір будівельного підряду, договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт.

Усі вищенаведені договірні конструкції належать до поійменованих договорів, основи яких визначені законодавцем у ЦК України та інших нормативно-правових актах. Разом із тим сьогодні у сфері зобов'язань, що опосередковують виконання робіт, застосовується значна кількість договорів, які не знайшли свого законодавчого закріплення у ЦК України чи інших нормативно-правових актах (наприклад, договір на проведення ландшафтних, опоряджувальних робіт, ремонту тощо), що можуть існувати в багатьох формах і класифікуватися за різними загальними ознаками та цілями їх укладення. Єдиною ознакою, що відрізняє цю категорію договорів від інших цивільно-правових договорів, є їх неврегульованість і непередбаченість актами цивільного законодавства¹.

У непоійменованих договорах сторони на власний розсуд формують зміст підрядного зобов'язання, при цьому їм для підмоги законодавець передбачив статті 6, 7, 8 ЦК України, а також загальні норми зобов'язального права. Тобто шляхом укладення непоійменованих підрядних договорів учасники підрядних правовідносин мають можливість самостійно усувати «прогалини» в нормативному врегулюванні

¹ Цивільне право : підручник : у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бегова та ін.; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасиво-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків : Право, 2011. Т. 2. С. 360.

досліджуваних відносин. Прикладом можуть бути законодавчо непойменовані відносини інжинірингу, за якими права та обов'язки для контрагентів виникають не з конкретних приписів норм права (оскільки такі на сьогодні відсутні), а безпосередньо з домовленості сторін. У процесі врегулювання таких відносин створюються правові норми індивідуально визначеного спрямування, тобто такі, що стосуються конкретних і точно визначених суб'єктів і розраховані на них.

Отже, непойменовані договірні моделі, предметом яких є передання результату виконаних робіт, належать до урегульованого законом типу договорів про виконання робіт і, відповідно, при їх укладенні та виконанні застосовуються загальні положення про підряд, спеціальні вимоги § 2–4 гл. 61 ЦК України за необхідності та загальні положення зобов'язального права.

В основу поділу підрядних договорів на певні види покладено два критерії – предмет договору та суб'єктний склад учасників договірних відносин. Так, за договором побутового підряду виконується робота, яка призначена для задоволення побутових та інших особистих потреб замовника, що не пов'язані зі здійсненням ним підприємницької діяльності (споживчі відносини). Якщо ж замовник укладає договір з метою подальшого використання результату виконаної роботи з підприємницькою метою – до таких відносин застосовуватимуться загальні положення про підряд. Підрядником у договорі побутового підряду завжди є юридична або фізична особа, що здійснює підприємницьку діяльність, а замовником – тільки фізична особа. Щодо договору будівельного підряду або договору на проведення пошукових, проектних робіт, то замовником у них можуть бути як фізичні, так і юридичні особи¹.

Конститутивними ознаками підрядних договорів є те, що вони опосередковують відносини з виконання робіт, зміст яких зводиться до того, що одна особа (підрядник) зобов'язується виконати певну замовлену роботу та передати її іншій особі (замовнику), яка повинна прийняти та оплатити її. Ці ознаки зумовлюють поєднання цих договорів в одну договірну групу з виконання робіт, мета яких спрямована на задоволення інтересів замовника шляхом виконання конкретно визначеної роботи та, що більш важливо, отримання її результату на праві власності останнім.

¹ Цивільне право України. Академічний курс : підручник : у 2 т. / за ред. Я. М. Шевченко. Т. 2. Особлива частина. Київ : Вид. Дім «Ін Юре», 2003. С. 238.

Предмет таких договорів становить матеріалізований результат роботи підрядника, що набуває форми, придатної для оцінювання. Предмет підрядних договорів є істотною умовою. З цього приводу відразу ж підкреслимо непослідовність законодавця при визначенні предмета таких договорів, оскільки в одних випадках вказується тільки на роботу як на предмет договору, в інших – і на роботу, і на її результат. Така сама тенденція спостерігається при регулюванні окремих видів договору підряду (ст. 876, 887 ЦК тощо).

У юридичній літературі з цього приводу більшість учених наголошують на доцільності розуміння предмета договору підряду саме як результату виробничої діяльності підрядника. Обґрунтування цієї позиції знаходимо ще в працях 20-х рр. минулого століття. Так, І. Г. Кобленець у той час наголошував, що предмет договору підряду – результат роботи, а не робоча сила. Цим договір підряду відрізняється від трудового договору¹. Зазначена позиція знаходить своє підтвердження й сьогодні, адже предметом виконання зобов'язання є те, на що спрямована відповідна дія. Належним виконанням зобов'язань підрядника є передання останнім результату роботи замовникові. Виконання підрядником цих зобов'язань тісно пов'язане з виконанням замовником свого зобов'язання сплатити визначену домовленістю або ж рішенням суду ціну. Тобто договір підряду як первинно-правоутворюючий юридичний факт є підставою виникнення складних зобов'язальних правовідносин². З боку підрядника виникає зобов'язання виконати роботи та здати їх результат замовникові, з боку останнього виникає грошове зобов'язання сплатити обумовлену договором суму.

Разом із тим у чинній редакції ЦК України, як і у редакціях 1922 та 1963 рр., немає окремої статті, присвяченої предмету договору підряду, як це передбачено, скажімо, для договорів купівлі-продажу (ст. 656), дарування (ст. 718), найму (ст. 760) тощо. Зі змісту закріпленої в ч. 1 ст. 837 ЦК України дефініції договору підряду впливає, що істотною умовою договору підряду є умова про роботу, виконану підрядником для замовника за договором. Така позиція законодавця не

¹ Коментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / под ред. А. Р. Гойхбарга, И. С. Петерского. Вып. 4: Обязательственное право. Москва : Петроград, 1924. С. 88.

² Новітні підходи до розуміння юридичних фактів у механізмі правового регулювання приватних відносин : зб. наук. пр. / за ред. А. Б. Гриняка, О. О. Кота, М. Д. Пленюк. Київ : НДІ приват. права і підприємництва ім. акад. Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2019. С. 100.

випадково піддана критиці¹, оскільки у дефініції акцентується увага не на предметі (результат виконаної роботи), а об'єкті (виконувана робота) договору підряду. На підтвердження непослідовності законодавця у формулюванні предмета договору підряду свідчить редакція ст. 855 ЦК України, в якій йдеться про розрахунки між контрагентами у разі випадкового знищення предмета договору підряду або неможливості закінчення роботи. Тут законодавець передбачив неможливість стягнення плати за договором із замовника, якщо предмет договору підряду до здачі його замовникові був випадково знищений. З цього можемо зробити висновок, що предметом договору підряду є результат виконаної роботи – річ, яку створив підрядник і якої ще не існує в момент укладення договору.

З цього приводу заслуговують на увагу висловлені в юридичній літературі міркування, що в договорах про виконання робіт воля сторін спрямована на отримання певного матеріального результату, який і є їх предметом. Разом із тим цей матеріальний результат не буде об'єктом договору, оскільки він є об'єктом тільки безпосередньо підрядних правовідносин, які разом з іншими правовідносинами (щодо відповідальності сторін тощо) знаходяться в рамках договору². Тобто об'єктом зобов'язання є певна поведінка боржника, яка частіше за все виражається в діях – передача майна, виконання роботи, надання послуги, сплата грошей. Власне, розмежування дій і результатів дій знайшло відображення і у переліку об'єктів цивільних прав, що міститься у ст. 177 ЦК України³.

Із вищенаведеного можемо зробити висновок, що об'єктом договору підряду є вчинення позитивних дій підрядником, спрямованих на виконання ним певної роботи, за завданням замовника, тоді як предметом договору підряду слід визнавати такий юридичний наслідок (індивідуалізований результат робіт), як явище навколишнього світу, що виступає як істотна умова договору, права і/або обов'язки щодо якого передаються за договором, на який спрямована узгоджена воля сторін.

¹ Цивільне право України : підручник : у 2 кн. / [О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.] ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. 2-ге вид., допов. і перероб. Київ : Юрінком Інтер, 2004. Кн. 2. С. 180.

² Обиденнов А. М. Предмет и объект как существенные условия гражданско-правового договора. URL: <http://ex-jure.ru/law/index.php?showcat=jump&f=26&t=%CF%E5%F0%E8%EE%E4%E8%EA%E0> (дата звернення: 12.02.2002).

³ Цивільні правовідносини : навч. посіб. / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova. Київ : Істина, 2008. С. 160–161.

Тобто нагальною сьогодні є потреба у гармонізації підходів до розуміння предмета договорів підряду, адже законодавець в одних випадках зазначає про роботу як предмет договору, а в інших – про її результат. Водночас предметом цього договору є матеріалізовані результати створення, перетворення, поновлення і навіть ліквідації речей виробничого, споживчого та науково-культурного призначення. Отже, під результатом виконаної підрядником роботи слід розуміти виготовлену, оброблену, перероблену або ж відремонтовану річ.

Сторонами цих договорів можуть бути як фізичні, так і юридичні особи. Відповідно до ч. 3 ст. 837 ЦК України для виконання окремих видів робіт у випадках, встановлених законом, підрядник (субпідрядник) зобов'язаний одержати спеціальний дозвіл, що свідчить, по-перше, про можливість виконання цих робіт лише особисто тим підрядником, що має на це дозвіл; по-друге, що підрядником в окремих видах договору підряду, зокрема, побутовому, будівельному, може бути суб'єкт підприємницької діяльності; по-третє, якщо підрядником-підприємцем виконується робота, призначена для задоволення побутових та інших потреб замовника – фізичної особи, цей договір характеризується як публічний (ст. 865 ЦК України).

Конститутивною ознакою договору підряду є його ризиковий характер. Ризики за випадкове знищення результату роботи покладаються на підрядника. Тобто при правовому регулюванні підрядних відносин законодавець чітко визначає питання розподілу ризиків між контрагентами, де підрядник до моменту передачі результату робіт перебуває у невідгідному становищі¹. Наприклад, за змістом ст. 841 ЦК України підрядник несе відповідальність за втрату або пошкодження майна замовника, яка зазвичай підпорядкована принципу вини. Для звільнення від відповідальності підряднику необхідно довести свою невинуватість, лише після цього можна говорити про ризик замовника як сторони договору підряду, що надала це майно. Однак у літературі звертається увага на випадки відповідальності без вини, а саме, що за договором побутового підряду підрядник несе відповідальність не лише за винувате, а й за випадкове знищення (пошкодження) майна замовника (відповідальність, що ґрунтується на принципі ризику), відповідно, ризик

¹ Договори з виконання робіт в цивільному праві України: проблеми теорії і практики : монографія / за заг. ред. А. Б. Гриняка. Київ : НДІ приват. права і підприємництва ім. акад. Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2015. С. 52.

замовника тут обмежується обставинами непереборної сили, які лише й здатні виключити відповідальність підрядника¹.

Вищезазначене опосередковано підтверджує зв'язок ризику випадкової загибелі (пошкодження) результату робіт лише з тими обставинами, які не пов'язані з винними діями сторін договору. При цьому не є істотним той факт, що загибель (пошкодження) результату робіт з вини третіх осіб у буквальному розумінні не є результатом випадкових обставин, оскільки для сторін договорів підряду вона все ж має визнаватися випадковою. Тобто, якщо в знищенні або пошкодженні результату робіт є вина підрядника, то останній і несе за це негативні майнові наслідки (збитки). В тому випадку, коли знищення або пошкодження речі були випадковими, ризик знищення (пошкодження) несе власник речі або інша сторона, на яку в силу закону або договору покладається ризик.

Крім того, в оновленій редакції ЦК України необхідно чітко відмежовувати правові наслідки випадкового знищення результату робіт від випадкового знищення чи пошкодження матеріалів, із використанням яких виконується робота. Вирішення питання відмежування цих правових наслідків можна здійснити, спираючись на відому ще римському праву формулу права власності: ризик випадкової загибелі речі несе її власник. Відповідно до статей 839 та 840 ЦК України кожна зі сторін договору підряду може надавати як матеріал, так і устаткування для виконання робіт. Однак ніхто з них не захищений від настання під час виконання підрядних робіт несприятливих наслідків, які можуть призвести до знищення матеріалу або й готової речі.

До матеріалів, устаткування та інших засобів, що використовуються підрядником у роботі, застосовуються правила, які передбачені положеннями про право власності. Згідно зі ст. 323 ЦК України ризик випадкового знищення та випадкового пошкодження майна несе її власник. Таким чином, якщо матеріали, устаткування та інші засоби, що використовувались у процесі виготовлення речі (об'єкта), знищені, то ризики такого знищення покладаються на ту сторону, яка їх надала, за умови відсутності вини обох сторін. В іншому випадку відповідальність за знищення предмета, матеріалів, устаткування та інших засобів покладається на винну сторону.

¹ Ровный В. В. Размышления о праве собственности и рисках гибели (повреждения) имущества в договоре подряда. *Гражданско-правовые записки* : межвуз. сб. науч. трудов. Екатеринбург : Ин-т част. права, 2005. Вып. 4. С. 44.

Таким чином, в оновленій редакції змісту § 1 гл. 61 ЦК України необхідно чітко закріпити положення, що моментом переходу ризику від замовника до підрядника буде момент досягнення результату виконаної роботи. Тоді ризик випадкового пошкодження або випадкової загибелі майна розподілиться так: з моменту надання майна і протягом усього процесу виконання робіт до досягнення результату виконаної роботи ризик лежить на замовнику як на стороні, яка надала матеріали, з моменту досягнення результату виконаної роботи до його прийняття замовником ризик несе підрядник, а потім після приймання результату виконаної роботи ризик знову переходить до замовника.

Саме тому систему правових зв'язків у підрядних правовідносинах доцільно розглядати саме з позиції комплексного підходу, якому притаманні такі ознаки, як: а) єдина правова мета (виконання робіт та виникнення права власності на їх результат); б) складний зміст таких відносин (наявність усередині підрядних відносин простих, одиничних правових зв'язків); в) різноманітний суб'єктний склад і можливість заміни одних учасників іншими («замовник» – «підрядник»; «замовник» – «генеральний підрядник» – «субпідрядник»; «замовник» – «субпідрядник»); г) збереження підрядних відносин в цілому у випадку припинення окремих правових зв'язків, що входять до його структури; д) структурна єдність окремих елементів підрядного правовідношення та їх підпорядкованість єдиній правовій меті.

Особливість підрядних договорів полягає в тому, що законодавець в ЦК України закріпив як загальну для всіх видів договору підряду конструкцію «генерального підряду», а саме систему взаємовідносин між сторонами, за якою робота може виконуватися підрядником або особисто, або за допомогою інших осіб (субпідрядників), якщо особисте виконання роботи не передбачено договором. При цьому закон забороняє замовнику і субпідряднику пред'являти один одному вимоги, пов'язані з порушенням договорів, укладених кожним із них з генеральним підрядником, якщо інше не встановлено договором або законом¹. Щоправда, таку заборону викладено у диспозитивній формі (якщо інше не встановлено договором або законом), а тому можна цілком сміливо припустити, що сторони в договорах між собою можуть

¹ Цивільне право : підручник : у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бегова та ін. ; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасиво-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків : Право, 2011. Т. 2. С. 360.

передбачати можливість пред'явлення замовником будь-яких вимог безпосередньо до субпідрядника та субпідрядником до замовника.

Саме тому систему правових зв'язків у підрядних правовідносинах доцільно розглядати саме з позиції комплексного підходу, якому притаманні такі ознаки як: а) єдина правова мета (виконання робіт та виникнення права власності на їх результат); б) складний зміст таких відносин (наявність усередині підрядних відносин простих, одиничних правових зв'язків); в) різноманітний суб'єктний склад і можливість заміни одних учасників іншими («замовник» – «підрядник»; «замовник» – «генеральний підрядник» – «субпідрядник»; «замовник» – «субпідрядник»); г) збереження підрядних відносин в цілому у випадку припинення окремих правових зв'язків, що входять до його структури; ґ) структурна єдність окремих елементів підрядного правовідношення та їх підпорядкованість єдиній правовій меті.

Необхідно зазначити, що на практиці трапляються і більш ускладнені схеми підрядних відносин, які жодним чином не врегульовані законодавством, однак і не суперечать йому. Наприклад, на практиці поширеними є випадки укладення замовником договорів з генпідрядником на проведення лише визначеної частини робіт, а далі змовник, обов'язково зі згоди генерального підрядника, має право за паралельним договором підряду залучати інших підрядників для виконання специфічних робіт, які генпідрядник виконати самостійно не спроможний. Тобто система генерального договору може одночасно існувати із системою прямих договорів.

Щодо генерального підряду видається цікавим питання про розподіл винагороди між підрядником та субпідрядником, а саме, хто і в яких розмірах повинен розрахуватись із субпідрядником за досягнення результату виконаної роботи? Законодавчо передбачено, що відповідальність за невиконання або неналежне виконання замовником взятих на себе зобов'язань за договором підряду перед субпідрядником несе генеральний підрядник. Однак не слід виключати й випадків безпосередніх розрахунків замовника із субпідрядником у разі, коли між ними за згодою генерального підрядника укладено договір на виконання окремих робіт. Не слід виключати й можливість врегулювання цього питання між замовником та субпідрядником безпосередньо в договорах субпідряду. Однак слід уточнити, що укладення договорів замовником на виконання окремих робіт іншими особами видається

можливим, якщо ціна договору, стороною якого є генеральний підрядник, визначена у приблизному кошторисі, оскільки відповідно до ч. 5 ст. 844 ЦК України підрядник не має права вимагати збільшення твердого кошторису, а замовник – його зменшення в разі, якщо на момент укладення договору підряду не можна було передбачити повний обсяг робіт або необхідні для цього витрати.

Окремо в межах загальних положень про підряд передбачено загальне правило, за яким у договорі підряду повинні бути визначені або ціна виконуваної роботи, або способи її визначення. З цього приводу варто наголосити, що законодавець у межах ЦК України закріпив і загальне правило, присвячене визначенню ціни (ст. 632 ЦК України), і спеціальне, що регламентує ціну саме в договорі підряду (ст. 843 ЦК України).

Виходячи зі змісту ч. 1 ст. 843 ЦК України у договорі підряду повинні бути визначені або ціна виконуваної роботи, або способи її визначення. За відсутності таких вказівок на визначення ціни звертаємось до ч. 4 ст. 632 ЦК України, відповідно до якої, якщо ціна у договорі не встановлена і не може бути визначена виходячи з його умов, вона визначається виходячи із звичайних цін, що склалися на аналогічні товари, роботи або послуги на момент укладення договору.

Отже, по-перше, ціна може бути визначена в тексті договору. По-друге, спосіб визначення ціни може вказуватися в самому договорі. І, по-третє, ціна у договорі підряду може бути визначена у кошторисі, який містить постатейний перелік затрат на виконання робіт, є додатком до договору та його невід'ємною частиною. У випадку, якщо ціну роботи або способи її визначення у договорі підряду чи кошторисі як додатка до нього взагалі невизначені, ціна може бути визначена у судовому порядку на основі цін, що зазвичай застосовуються за аналогічні роботи. Зважаючи на це, сумнівними є аргументи тих дослідників, хто наполягає на визнанні ціни у договорі підряду істотною умовою, адже, як вбачається зі змісту ст. 843 ЦК України, непогодження ціни робіт у договорі підряду не має наслідком його неукладеність.

Отже, ціна договору підряду – це грошова сума, належна підрядникові за виконану роботу, що включає в себе компенсацію витрат підрядника та належну йому винагороду. До витрат підрядника належать вартість товарів, робіт та послуг, що надаються підряднику третіми особами, зменшення вартості обладнання у зв'язку з його амортизацією, вартість витраченого матеріалу у разі виконання робіт із матеріалів підрядника тощо.

У ЦК України допускається вираження грошового зобов'язання в іноземній валюті, але його виконання відповідно до чинного законодавства здійснюється у валюті України. Отже, визнання гривні єдиним законним платіжним засобом надає змогу дійти висновку, що замовник вправі виконати взяті на себе зобов'язання з оплати проведених робіт у гривнях незалежно від небажання підрядника прийняти такий платіж¹. Крім того, сьогодні спостерігається скорочення готівкових розрахунків між сторонами підрядних договорів на користь безготівкових, що створює додаткові обов'язки щодо укладення договору банківського рахунка та вкладу.

Статтею 844 ЦК України передбачено, що ціна у договорі може бути визначена у кошторисі, який за певних умов стає частиною договору. До таких умов слід віднести: а) складення кошторису підрядником; б) погодження складеного підрядником кошторису замовником. Тобто кошторис є формою визначення ціни договору підряду. Як видається, саме такий підхід повинен бути збережений в оновленій редакції гл. 61 ЦК України (шляхом визначення ціни робіт та кошторису в окремих статтях), адже зазначені категорії не є неідентичними. Кошторис – це форма вираження ціни, тобто документ, який містить відомості про неї. Ціна ж може бути зафіксована в договорі без складання кошторису та є грошовою сумою, що належить до виплати підряднику за виконану ним роботу.

Окремо в межах гл. 61 ЦК України підлягає збереженню відображений у ст. 846 ЦК загальний підхід до встановлення строків виконання робіт. Так, законодавець у ст. 846 ЦК України цілком слушно не встановлює вимоги про тривалість зазначених строків, оскільки договором підряду охоплюється досить широке коло людської діяльності, кожен з видів якої має свою тривалість. З цієї причини цілком виправдано видається встановлення строків виконання роботи самими сторонами договору підряду, погоджуючи їх відповідно до своїх економічних інтересів та зважаючи на принцип свободи договору. Якщо ж сторони не визначили у договірному порядку строки виконання робіт, то відповідно до ч. 2 ст. 846 ЦК України підрядник зобов'язаний виконати роботу, а замовник має право вимагати її виконання у розумні строки відповідно до суті зобов'язання, характеру та обсягів роботи та звичаїв ділового обороту.

¹ Окремі види договорів у сучасному законодавстві України : колект. монографія / за заг. ред. О. С. Кізлової, О. С. Кужко, Л. В. Діденко. Одеса : Айс-Принт, 2017. С. 104.

Щодо критики використання у цивільному законодавстві України такої оціночної категорії, як розумний строк¹, варто наголосити на доцільності збереження такого підходу, адже визначати той чи інший строк розумним для конкретних умов підрядних правовідносин спроможна лише судова практика. Вона піде саме шляхом створення норми права без використання позитивного законодавства. І тут, як слушно зазначає В. А. Белов, вона (судова практика. – А. Г.) створить таку норму із спірних життєвих відносин².

Аналізуючи ситуації, коли сторони не виконують належним чином своїх обов'язків, доцільно зазначити, що в сучасних умовах цивільно-правова відповідальність має зберігати своє значення вирішального чинника превентивного правового впливу на поведінку його сторін. Оскільки цивільна відповідальність покликана забезпечити дотримання встановленого правопорядку, то справедливим буде твердження про те, що саме у захисті суб'єктивних цивільних прав учасників підрядних відносин і полягає призначення цивільно-правової відповідальності. Ефективність цивільно-правової відповідальності залежить передусім від її застосування до конкретних учасників підрядних правовідносин, винних у порушенні умов договору підряду. Керуючись принципом диспозитивності, потерпіла сторона самостійно вирішує, застосовувати чи не застосовувати заходи відповідальності до правопорушника. Тобто застосування майнових і немайнових санкцій, у тому числі відповідальності, за чинним законодавством є правом, а не обов'язком суб'єктів цивільних правовідносин³.

До цивільно-правової відповідальності учасників підрядних правовідносин пропонуємо відносити відповідальність: 1) що виникатиме у разі невиконання або неналежного виконання підрядником чи замовником своїх договірних зобов'язань; 2) яка безпосередньо впливає із нормативно-правових актів, що регулюють підрядні відносини між сторонами (ст. 625 ЦК України, гл. 61 ЦК України); 3) яка не може по-іншому, ніж це передбачено у нормативно-правових актах, бути визначена у договорі підряду.

¹ Пленюк М. Д. Загальна характеристика строків у підрядних договорах. *Приватне право і підприємництво* / редкол.: Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. Київ : НДІ приват. права і підприємництва АПРН України, 2010. Вип. 9. С. 106.

² Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В. А. Белова. Москва : Юрайт-Издаг, 2007. С. 141.

³ Луць В. В. *Контракти у підприємницькій діяльності* : навч. посіб. Київ : Юрінком Інтер, 1999. С. 68.

У центрі конструкції договірної відповідальності сторін у підрядних зобов'язаннях перебувають дві фігури: кредитора й боржника, причому кожна зі своїми інтересами. Для того щоб право кредитора на захист могло бути реалізоване, на боржника покладається відповідний зустрічний обов'язок, забезпечений заходами державного примусу. Таким чином, відповідальність у підрядних договорах – це насамперед відносини між замовником і підрядником, хоча й не слід відкидати можливість існування таких відносин із третіми особами (наприклад, субпідрядниками).

Отже, в оновленій редакції гл. 61 ЦК України існує об'єктивна потреба у нормативному закріпленні такого механізму цивільно-правової відповідальності сторін у підрядних зобов'язаннях, який, з одного боку, передбачав би засоби впливу на боржника, а з другого – визначав оптимальний порядок застосування заходів правових засобів. До складових цього механізму слід віднести: а) встановлені законом форми примусового застосування мір цивільно-правової відповідальності до боржника у підрядному зобов'язанні (у судовому порядку або шляхом вчинення виконавчого напису нотаріусом) та можливість добровільного виконання відповідного обов'язку; б) визначення правовими актами або договором підстав та умов такої відповідальності (зокрема, з виключенням у певних встановлених у законі чи передбачених договором підряду випадках вини зі складу спеціальних умов відповідальності); в) передбачені у законодавстві особливості видів і конкретних заходів цивільно-правової відповідальності (відшкодування збитків, стягнення неустойки, залишення завдатку чи сплата його подвійної суми; компенсація моральної шкоди); г) закріплення як загального правила відповідальності за дії третіх осіб (субпідрядників); г) утвердження принципу повного відшкодування шкоди у підрядних зобов'язаннях як основоположної засади цивільно-правової відповідальності.

4.2. Договір побутового підряду

Євроінтеграційна спрямованість усіх компонентів суспільства сприяє тенденції до уніфікації та гармонізації приватноправового регулювання відносин і є вагомим «важелем» до оновлення положень

ЦК України. Як зазначає А. С. Довгерт, основним напрямом рекодифікації ЦК України є подальша «європеїзація» кодексу, чинниками якої є: 1) стан міжнародної уніфікації норм міжнародного права; 2) сучасні реформи цивільного законодавства країн ЄС на основі засад та норм міжнародних актів; 3) спроможність приватноправової доктрини в Україні до наукового супроводу процесу рекодифікації¹.

Такі тенденції до гармонізації та уніфікації приватноправового регулювання взято за основу і при роботі щодо оновлення цивільного законодавства України. Адже розвиток договірних зобов'язань, який пов'язаний із потребами і динамікою реального життя, зумовлює не тільки необхідність закріплення і регулювання нових видів договірних зобов'язань, зокрема таких, як: факторинг, франчайзинг, ескроу, аутсорсинг, форфейтинг тощо, а й модифікацію відомого договору побутового підряду.

Як відомо, договір побутового підряду є одним із видів договорів про виконання робіт, який призначається для задоволення побутових та інших особистих потреб осіб. Саме ця його специфіка дозволила виділити договір побутового підряду у самостійний вид договору, якому у структурі ЦК України відповідає § 2 п. 61.

Зародження договору побутового підряду відбулося ще задовго до української кодифікації. Його коріння сягає часів римського права. З наукових джерел відомо, що того часу юристи до системи договорів римського права відносили: договір найму, який містив наймання речей (*locatio conductio rei*), підряд (*locatio conductio operis*), наймання послуг (*locatio conductio operarum*)². Такий критерій розмежування простежувався й у дореволюційному законодавстві³. Регулювання побутових відносин відбувалося здебільшого підзаконними нормативно-правовими актами.

На відміну від дореволюційного законодавства, якому договір побутового підряду не був відомий як такий, в радянський період, навпаки, побутові замовлення вважалися одними із найважливіших

¹ Довгерт А. С. Рекодифікація цивільного кодексу України: основні чинники і передумови для старту. *Право України*. 2019. № 1. С. 30.

² Римское частное право / под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. Москва : Юрид. изд-во М-ва юстиции СССР, 1948. С. 274.

³ Пахман С. В. История кодификации гражданского права. Т. 2. СПб. : Тип. Второго отделения Е. И. В. Канцелярии, 1876. С. 227–228.

серед усіх видів договорів підряду, адже задовольняли споживчі потреби громадян. Так, у положенні ЦК УРСР 1963 р. передбачалося, що організація, яка обслуговує побутові потреби громадян, за договором побутового замовлення зобов'язується виконати для замовника певні роботи (пошиття одягу, ремонт побутової техніки та інших речей, чищення і фарбування одягу, виготовлення предметів хатнього вжитку тощо), а замовник зобов'язується прийняти та оплатити їх. Замовником у наведеному договорі міг бути лише громадянин, а підрядником – спеціалізована організація (підприємство) побутового обслуговування¹.

Завдяки докорінним змінам на початку ХХІ ст. в житті українського суспільства відбулася регламентація оновлених побутових відносин, яка набула свого цілісного, послідовного та детального правового регулювання. Так, за нормами ЦК України підрядник, який здійснює підприємницьку діяльність, зобов'язується виконати за завданням фізичної особи (замовника) певну роботу, призначену для задоволення побутових та інших особистих потреб, а замовник зобов'язується прийняти та оплатити виконану роботу (ч. 1 ст. 865 ЦК України).

Договір побутового підряду є видом підрядних договорів, які за метою укладення договорів відносять до договорів про виконання робіт². Існують думки, що договір про виконання робіт є певною гарантією для сторін, адже для замовника потреби в одержанні результату певних робіт будуть задоволені, і при цьому належним чином, а для підрядника гарантією є те, що його діяльність є потрібною і результати роботи будуть еквівалентно оплачені³.

Договір побутового підряду відрізняється від інших підрядних договорів своїм специфічним суб'єктним складом, в якому підрядник завжди юридична особа чи фізична особа – підприємець, а замовник – фізична особа. Така ознака є найголовнішою при кваліфікації побутових цивільних відносин. Похідною від зазначеної ознаки є економічна нерівність учасників цих зобов'язань.

¹ Зобов'язальне право: теорія і практика : навч. посіб. для студентів юрид. вузів і ф-тів ун-тів / О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова, В. В. Луць та ін. / за ред. О. В. Дзери. Київ : Юрінком Інтер, 1998. С. 487.

² Луць В. В. Контракти у підприємницькій діяльності : навч. посіб. 2-ге вид., перероб. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2008. С. 63.

³ Абрамцова Е. Л. Договор подряда в гражданском праве России : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Волгоград, 2005. С. 48–49.

Про договір побутового підряду свого часу вчені зазначали як про найважливіший вид договору підряду, що має на меті задоволення споживчих потреб громадян¹. Не відрізняється за своєю важливістю він і сьогодні, адже призначений задовольняти повсякденні споживчі потреби фізичних осіб, серед яких виготовлення предметів домашнього вжитку, побуту, пошиття та ремонт одягу, взуття тощо. Такі особливі якості договору надають можливість характеризувати його як «споживчий договір»².

За юридичними характеристиками договір побутового підряду вважається публічним договором (ч. 2 ст. 865 ЦК України)³. Публічний договір вважається узагальненим поняттям цивільно-правових договорів, завдяки яким забезпечуються потреби широкого кола споживачів у сферах роздрібної торгівлі, перевезення транспортом загального користування, надання послуг зв'язку, медичного, готельного, банківського обслуговування тощо⁴, а отже, підпадають під гармонізацію договірного законодавства відповідно до права Європейського Союзу.

Підписання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони⁵, ухвалення інших документів, які визначають правові засади співпраці організації з нашою державою, створило належні передумови для гармонізації українського законодавства з правом Євросоюзу, зокрема й у сфері публічних договорів, які включають в себе побутові зобов'язання.

Отже, взявши на себе обов'язок поступової адаптації законодавства України до *acquis* Європейського Союзу свого перегляду та забезпечення ефективного виконання потребує й сфера публічних договорів, які забезпечують споживчі потреби.

¹ Советское гражданское право : учебник : в 2 ч. Ч. II / под ред. В. А. Рясенцева. 3-е изд., перераб. и доп. Москва : Юрид. лит., 1987. С. 173.

² Нигматуллин К. Р. Договор бытового подряда : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Казань, 2005. С. 8.

³ Термін «публічний договір» в ЦК України був введений вперше, оскільки ні ЦК УРСР 1963 р., ні ЦК 1922 р. не містили таких вказівок щодо договору.

⁴ Луць В. В. Контракты у підприємницькій діяльності : навч. посіб. 2-ге вид., перероб. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2008. С. 57.

⁵ Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text (дата звернення: 02.06.2020).

Як відомо, для такого роду договорів коло суб'єктів визначається на імперативному рівні, з однієї сторони – це суб'єкт підприємницької діяльності, а з другої – фізична особа. Умови публічного договору встановлюються однаковими для усіх споживачів, крім тих, кому за законом надані відповідні пільги. Підприємцям забороняється надавати перевагу одному споживачеві перед іншим щодо укладення публічного договору, якщо інше не встановлено законом.

За ознакою того, що підрядник вправі сам встановлювати умови договору у формулярах чи інших стандартних формах, а замовник позбавлений цього права і не може впливати на їх формування, договір побутового підряду також кваліфікують як договір приєднання (ч. 1 ст. 634 ЦК України). На нашу думку, у побутових відносинах за усіма споживачами однаковою мірою визначається право на задоволення своїх потреб в усіх видах обслуговування. Саме споживачеві надається вільний вибір продукції у зручній для нього час з урахуванням режиму роботи підрядника.

За ознакою свободи договору інколи стверджують, що у договорі побутового підряду спостерігається обмежений принцип свободи договору¹. Однак, зважаючи на те, що, як і публічний договір, так і договір приєднання, є узагальненою категорією цивільно-правових договорів, підтримуємо позицію В. В. Луць у непорушності принципу свободи договору². Адже умови договору встановлені однією стороною у стандартних формах, а інша не може запропонувати свої, згода на укладення договору чи його неукладення не містить примусу щодо вступу у побутові відносини та передбачає вільний вибір майбутнього контрагента. Таким чином, волевиявлення учасників договору побутового підряду є вільним, без жодного тиску з боку контрагента або інших осіб та повинна відповідати їхній внутрішній волі.

Аналізуючи волевиявлення та свободу договору, звертаємо увагу, що серед загальних принципів, які встановлені ст. 3 ЦК України, виділяється й свобода вибору форми договору. Зокрема, в актах гармонізації договірних прав Європейського Союзу, зокрема у ст. 1:303 Acquis Принципів простежується тенденція відходу від загальноприй-

¹ Нигматуллин К. Р. Договір бытового подряда : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Казань, 2005. С. 17.

² Луць В. В. Контракты у підприємницькій діяльності : навч. посіб. 2-ге вид., перероб. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2008. С. 58.

нятих формальних вимог до форми договору. Більше того, у параграфі (1) ст. II. – 1:106 DCFR¹ (так само як і в ст. 2:101(2) PECL, ст. 1:303 Acquis Принципів², ст. 1.2 Принципів УНІДРУА³ встановлено загальний принцип про відсутність формальних вимог для контракту чи іншого юридичного акту. Спеціальна форма договору може бути передбачена для конкретних видів договорів, але за загальним правилом немає жодної необхідності в письмовій формі договору, його реєстрації чи ідентифікації нотаріусом. Наведені формальності можуть вагомо спричиняти затримки у здійсненні зобов'язань, особливо при укладенні міжнародних договорів. Виходячи із наведеного, а також із вимог, встановлених в ЦК України, Законі України «Про захист прав споживачів»⁴, а також звичаїв ділового обороту, вимог розумності, справедливості, добросовісності та вимог інших нормативних актів доходимо висновку, що квитанція про оплату є підтверджуючим юридичним фактом укладення договору побутового підряду. При цьому відсутність у замовника цього документа не позбавляє його права залучати свідків для підтвердження факту укладення договору або його умов.

У доктрині приватного права будь-який договір прийнято характеризувати за відповідними ознаками. Договір побутового підряду О. М. Ситник характеризує за такими критеріями: а) залежно від виникнення прав та обов'язків сторін досліджуваний договір відносять до синалагаматичного (взаємного), двостороннього договору; б) залежно від наявності зустрічного майнового еквіваленту – до оплатного, до того ж оплатність не обов'язково мусить бути виражена у грошовій формі. Оплатність може виражатись і в зустрічному зобов'язанні, яке буде надане замовником; в) залежно від юридичної спрямованості договорів – основний; г) залежно від наявності волі осіб на укладення договору – це договір, що укладається незалежно від волі контрагентів (оскільки вважається таким, що містить елементи публічного догово-

¹ Draft Common Frame of Reference (DCFR). URL: https://www.trans-lex.org/400725/_/outline-edition-/ (дата звернення: 15.06.2020).

² Акти acquis Європейського Союзу URL: <https://www.kmu.gov.ua/diyalnist/uevropejska-integraciya/perekladi-aktiv-acquis-yes> (дата звернення: 16.06.2020).

³ Принципи міжнародних комерційних договорів (принципи УНІДРУА). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_920#Text (дата звернення: 21.06.2020 р.).

⁴ Про захист прав споживачів : Закон України від 12.05.1991 № 1023-XII. *Відом. Верхов. Ради України*. 1991. № 30. Ст. 379.

ру); д) залежно від способу укладення договору – договором приєднання; е) залежно від моменту у часі, коли договір вважається укладеним – консенсуальним, який вважається укладеним з моменту досягнення згоди сторонами щодо всіх істотних умов договору¹.

Погоджуючись із наведеною характеристикою, зазначимо, що консенсуальний характер цього договору зберігається і у випадку, якщо підрядник приступає до виконання роботи негайно після укладення договору або виконує роботу в присутності замовника чи відстрочує її виконання на певний період часу.

Предметом договору побутового підряду вважається матеріалізований результат, незважаючи на те, що визначення договору використовує термін «робота». Саме матеріалізований результат цієї роботи задовольняє побутові потреби замовника і охоплюється поняттям «обслуговування». В усіх інших випадках, тобто у випадку задоволення інших потреб, що не є побутовими, застосовуються загальні норми про договір підряду.

Ураховуючи наведене, вважається доцільним доповнити загальне правило ст. 865 ЦК України вказівкою на матеріалізований результат роботи та викласти у такій редакції: *«1. За договором побутового підряду підрядник, який здійснює підприємницьку діяльність, зобов'язується виконати за завданням фізичної особи (замовника) певну роботу та передати матеріалізований результат, призначений для задоволення побутових та інших особистих потреб замовнику, а замовник зобов'язується прийняти та оплатити виконану роботу»*.

У договорі побутового підряду беруть участь дві сторони – замовник та підрядник. Вважається, що договір побутового підряду є двосторонньо-зобов'язуючим, з огляду на права та обов'язки обох сторін. До побутових підрядних відносин, не врегульованих нормами ЦК України, застосовується законодавство про захист прав споживачів².

Зважаючи на те, що предмет договору є істотною його умовою не можемо не згадати, що у доктрині приватного права досі не вщухають дискусії з цього приводу. Так, одні вчені стверджують, що предметом

¹ Ситник О. М. Договір побутового підряду за законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2015. 210 с.

² Цивільне право України : навч. посіб. / Ю. В. Білоусов, С. В. Лозінська, С. Д. Русу та ін. / за ред. Р. О. Стефанчука. Київ : Прецедент, 2005. С. 273.

є сама робота виконавця, тобто дії з виконання отриманого завдання¹, інші – сама робота і її кінцевий результат², адже виконувана робота реалізується в замовленні, що є індивідуально визначеною річчю³.

Вважаємо, що концепція змішаного предмета договору побутового підряду не виправдала себе, адже саме по собі виконання замовлення не може бути предметом договору хоча б тільки через те, що робота, як правило, виконується підрядником самостійно. В іншому випадку слід говорити про подвійну складову й в усіх інших договорах. Наприклад, у договорі купівлі-продажу, де предметом в такому разі була б не сама відчужувана річ, а й дії продавця щодо її відчуження⁴.

Інше питання – об'єкт цивільного правовідношення. Так, на думку С. С. Алексєєва, термін «об'єкт» має особливе, властиве правознавству значення, а тому говорити про нього варто лише в аспекті зобов'язального правовідношення⁵. Відповідно до цього вчений виділяє юридичний та матеріальний об'єкт, де під юридичним об'єктом зобов'язання розуміє певну поведінку зобов'язаної особи і матеріальний об'єкт, під яким мають виступати об'єкти цивільних відносин (майно, гроші).

На думку В. В. Васильєвої, об'єктом зобов'язання слід вважати поведінку сторін, що спрямована на досягнення правової мети, заради якої сторони вступали у зобов'язання⁶. Є. О. Харитонов та О. І. Харитонова вважають, що у правовідносинах побутового підряду об'єктом є результат дій зобов'язаної особи, невід'ємний від самої поведінки⁷. На нашу думку, у тих правовідносинах, де головним є юридичний обов'язок активного типу, серед яких сімейні, зобов'язальні тощо, питання про об'єкт здебільшого не має самостійного значення, а тому

¹ Зобов'язальне право: теорія і практика : навч. посіб. для студентів юрид. вузів і ф-тів ун-тів / О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова, В. В. Луць та ін. / за ред. О. В. Дзери. Київ : Юрінком Інтер, 1998. С. 487.

² Ринг М. П. Договоры на научно-исследовательские и конструкторские работы. Москва, 1967. С. 86.

³ Азимов Ч. Н. Договорные отношения в области научно-технического прогресса. Харьков : Вища школа, 1981. С. 24.

⁴ Пленюк М. Д. Результат робіт як істотна умова договору будівельного підряду. *Юрид. Україна*. 2013. № 10. С. 59–63.

⁵ Алексєєв С. С. Общая теория права : в 2 т. Т. 1. М. : Юрид. лит., 1981. С. 314.

⁶ Васильєва В. В. Договір як підстава виникнення цивільно-правового зобов'язання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2013. С. 6.

⁷ Харитонов Є. О., Харитонова О. І. Цивільні правовідносини : навч. посіб. Київ : Істина, 2008. С. 22.

у договорі побутового підряду предметом є матеріалізований результат підрядника, який за своєю суттю відображає й об'єкт майбутніх цивільних правовідносин, специфічність якого проявляється у неможливості використання в підприємницькій діяльності, яка приносить фінансові прибутки.

Серед інших істотних умов договору побутового підряду, які потребують погодження сторін, є ціна та строки (терміни) виконання робіт.

Виходячи із загального правила, яке закріплене у ст. 638 ЦК України, істотними умовами предмета договору є умови, що визначені законом як істотні і є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнута згода. На нашу думку, умови про строк та ціну є важливими умовами при укладенні договору побутового підряду, однак, ураховуючи те, що в більшості випадків законодавством не закріплено прямих вимог до строків (термінів) договорів, це питання набуває диспозитивного характеру і означає, що сторони договору вправі самостійно визначати строки (терміни) виконання зобов'язань. За загальними правилами, зокрема встановленими й правом Європейського Союзу, договори можуть укладатися на строк виконання конкретної дії або на визначений період часу¹. Крім наведених умов, сторони можуть погодити й інші, зокрема якого кольору буде виріб, який пошиє підрядник зі свого матеріалу, модель пальта тощо. При цьому усі умови, які погодять сторони або до яких приєднається замовник, на момент укладення договору є обов'язковими до їх виконання.

З наведеного вище доходимо висновку, що договір побутового підряду є різновидом договорів підряду і відрізняється за певними особливостями, серед яких: 1) спеціальний суб'єктний склад; 2) споживчий характер; 3) публічність договору; 4) мета укладення договору тощо. За своїми правовими ознаками є: двостороннім, синалагматичним, консенсуальним, матеріалізований результат якого задовольняє особисті та побутові потреби замовника, що може слугувати отриманню прибутків.

Відповідно до ст. 865 ЦК України за договором побутового підряду підрядник, який здійснює підприємницьку діяльність, зобов'язується виконати за завданням фізичної особи (замовника) певну роботу, призна-

¹ Гармонизация договорного права / Ю. В. Белоусов, Ю. Б. Бек, Е. Ю. Дымина и др. ; под ред. У. Хелльмана, С. А. Балашенко, Ю. В. Белоусова. Хмельницкий : Хмельниц. ун-т управления и права, 2015. 268 с.

чену для задоволення побутових та інших особистих потреб, а замовник зобов'язується прийняти та оплатити виконану роботу. З наведеного вбачається, що підрядником є та особа, яка бере на себе обов'язок виконати замовлену роботу і є суб'єктом підприємницької діяльності. Отже, вимога щодо суб'єкта підприємницької діяльності є імперативною.

У свою чергу, замовник – це особа, яка дає завдання (замовляє) виконання певної роботи, при цьому зобов'язана прийняти та здійснити оплату виконаного замовником результату. Наведені ознаки є ключовими для кваліфікації договірних підрядних побутових відносин.

Закон України «Про захист прав споживачів»¹ фізичну особу називає споживачем, 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.

Споживач у системі ринкових відносин є слабшою ланкою в ланцюзі товарообігу. Чинне законодавство захист прав споживачів умовно поділяє на дві групи, де перша – регулює відносини, в яких споживач виступає як безпосередній учасник та визначає порядок укладення цивільних договорів. Як правило, нормативно-правові акти регулюють відносини, що виникають із договорів роздрібної купівлі-продажу, прокату, побутового підряду тощо. До законодавчих актів цієї групи здебільшого відносять норми ЦК України, ГК України, законів України: «Про захист прав споживачів», «Про туризм», «Про залізничний транспорт», «Про автомобільний транспорт», Правила роздрібної торгівлі продовольчими товарами тощо.

Другу групу споживчого законодавства становлять відносини, в яких споживач не бере безпосередньої участі. Нормативні акти забезпечують державний і суспільний захист прав споживачів за допомогою створених органів виконавчої влади в інтересах невизначеного кола споживачів. До неї відносять акти, які регламентують діяльність державних органів і передбачають основні вимоги стосовно продукції (товарів, робіт, послуг), які спрямовані на забезпечення безпеки життя, здоров'я споживачів, охорони навколишнього середовища тощо.

Правове регулювання Закону України «Про захист прав споживачів» спрямоване на юридичне врегулювання нерівності взаємовідносин

¹ Про захист прав споживачів : Закон України від 12.05.1991 № 1023-ХІІ. *Відом. Верхов. Ради України*. 1991. № 30. Ст. 379.

продавця і виробника, виконавця, з одного боку, і споживача – з другого. На імперативному рівні продавець, виробник, виконавець наділені й деякими додатковими обов'язками, наприклад, надати інформацію щодо якості товару, продукції тощо, у свою чергу, споживачу законодавчо гарантується позасудовий та судовий захист прав, а також компенсація моральної шкоди тощо.

Частково приведений у відповідність до права Європейського Союзу Закон України «Про захист прав споживачів» в основному враховує стандарти Європейського Союзу щодо забезпечення захисту прав споживачів, його положення Закон України поширює на всіх споживачів, які знаходяться на території України під час придбання, замовлення або використання товарів (робіт, послуг) для задоволення власних побутових потреб тощо. Споживач у цій сфері відносин наділений особливими якостями.

Так, ст. 169 Договору про функціонування Європейського Союзу передбачено, що з метою сприяння інтересам споживачів і забезпечення високого рівня їхнього захисту Союз робить свій внесок у охорону здоров'я, безпеки й економічних інтересів споживачів, а також у розвиток їхнього права на інформацію, освіту й самоорганізацію для захисту своїх інтересів. Загальною метою цієї сфери є захист здоров'я, безпеки та економічних інтересів споживачів, забезпечення їх права на інформацію, освіту, а також можливість забезпечення створення органів самоорганізації для захисту власних інтересів.

Сучасні акти Європейського Союзу у сфері забезпечення дієвих механізмів захисту прав споживачів містять Директиву «Про захист споживачів стосовно певних аспектів контрактів з таймшер (право володіння майном протягом відведеного часу), довгостроковими продуктами, пов'язаного з відпусткою, повторного продажу та обміну»¹, Рекомендацію Комісії «Про принципи діяльності позасудових органів, залучених до компромісного розв'язання суперечок за участю прав споживачів»², Директиву «Про деякі правові аспекти інформаційних

¹ Муравйов В. І. Проблеми гармонізації законодавства держав-членів та третіх країн в контексті європейської інтеграції. *Український щорічник міжнародного права*. Київ : Вид. дім «Проміні», 2010. С. 286–319.

² Про захист споживачів стосовно певних аспектів контрактів з таймшер (право володіння майном протягом відведеного часу), довгостроковими продуктами, пов'язаного з відпусткою, повторного продажу та обміну : директива від 14 січ. 2009 р. № 2008/122/ЄС. URL: <http://old.minjust.gov.ua/45878> (дата звернення: 03.06.2020).

послуг, зокрема електронної комерції, на внутрішньому ринку»¹, Директиву «Про дистанційний маркетинг споживчих фінансових послуг та внесення змін до Директиви Ради 90/619/ЄЕС та Директив 97/7/ЄС та 98/27/ЄС»², Директиву «Про універсальну послугу та права користувачів стосовно електронних мереж зв'язку і послуг (Директива про універсальну послугу)»³.

Вважаємо, що політика Європейського Союзу у сфері захисту прав споживачів має комплексний характер та є далекоглядною, охоплюючи значну кількість її суб'єктів. Акти вторинного права ЄС у сфері захисту прав споживачів охоплюють широке коло питань, серед яких: уніфіковані вимоги до виробників продукції та надавачів послуг; вимоги щодо реалізації прав споживача на етапі придбання продукції, отримання послуг; положення, які передбачають захист прав споживача у випадку їх порушення; реалізовані державою-членом заходи у разі виявлення небезпеки, негативного впливу продукції на навколишнє середовище, безпеку людей тощо. Свого застосування набула практика консультування споживачів, позасудові механізми вирішення спорів, серед яких ефективним є застосування такого виду захисту, як заповнення споживачем певних форм, які надаються з метою вирішення спору з постачальником будь-якої країни – члена.

Відповідно до Директиви про дистанційні договори інформація може бути надана у необхідний строк у процесі виконання чи, в крайньому випадку, в момент передачі товару. У випадку електронної торгівлі на внутрішньому ринку повинна бути надана інформація щодо дій, яких необхідно вжити до укладення договору, та відносно існуючого кодексу поведінки.

За договором побутового підряду до споживача як фізичної особи висуваються вимоги й щодо цивільної правосуб'єктності. За змістом ч. 2 ст. 203 ЦК України особа, яка вчиняє правочин, має необхідний

¹ Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема електронної комерції на внутрішньому ринку : директива від 8 черв. 2000 р. № 2000/31/ЄС. URL: <http://old.minjust.gov.ua/45878> (дата звернення: 02.06.2020).

² Про дистанційний маркетинг споживчих фінансових послуг та внесення змін до Директиви Ради 90/619/ЄЕС та Директив 97/7/ЄС та 98/27/ЄС : директива від 23 верес. 2009 р. № 97/7/ЄС. URL: <http://old.minjust.gov.ua/45878> (дата звернення: 03.06.2020).

³ Про універсальну послугу та права користувачів стосовно електронних мереж зв'язку і послуг (Директива про універсальну послугу) : директива від 4 берез. 2002 р. № 2002/22/ЄС. URL: <http://old.minjust.gov.ua/45878> (дата звернення: 02.06.2020).

обсяг цивільної дієздатності. Право на укладення договорів є елементом цивільної право- та дієздатності фізичних, юридичних осіб¹. При цьому замовник, укладаючи договір побутового підряду, має не лише володіти право- та дієздатністю, а й відповідати критеріям щодо належного психічного ставлення до вчинених дій, волевиявлення щодо укладення договору має бути вільним і відповідати його внутрішній волі (ст. 203 ЦК України).

У доктрині приватного права звертається увага, що зміст «особистих потреб» має охоплювати і придбання особою (в тому числі й підприємцем) продукції для виробничого використання, якщо вона може придбаватися не з метою здійснення підприємницької діяльності. Наприклад, придбання трактора для використання на садовій ділянці. З цього приводу Ю. В. Білоусов та О. Ю. Черняк зазначають про цілком реальну можливість поширення споживчого законодавства і на юридичних осіб, якщо вони набувають товари або послуги для своїх працівників². Така ж конструкція закладена і в Хартії захисту споживачів 1973 р., при цьому наводиться виключний перелік таких осіб, зокрема асоціації, добродійні фонди, невеликі підприємства тощо³.

Аналіз інших нормативно-правових актів дозволив дійти висновку про інституційну приналежність споживачів, зокрема: 1) у ст. 1 Закону України «Про житлово-комунальні послуги» під «споживачем» розуміють фізичну або юридичну особу, яка отримує або має намір отримати житлово-комунальні послуги⁴; 2) у п. 1.5 Положення про порядок розрахунків за комунальні послуги між виробниками (постачальниками), виконавцями і споживачами послуг водопостачання, водовідведення і тепlopостачання в умовах використання засобів обліку споживання води і теплової енергії в житловому фонді та під-

¹ Гриняк А. Б. Цивільно-правовий договір як підстава виникнення права спільної власності фізичних осіб : монографія. Тернопіль : Підручники та посібники, 2008. С. 59.

² Білоусов Ю. В., Черняк О. Ю. Цивільно-правовий статус споживача: у контексті адаптації національного законодавства до законодавства Європейського Союзу : монографія. Київ : Наук.-дослід. ін-т приват. права і підприємництва НАПрН України, 2010. С. 18.

³ Хартія прав споживачів. URL: http://pravo/hartiya_osnovnih_prav_yevropeyskogo_soyuzu (дата звернення: 05.06.2020).

⁴ Про житлово-комунальні послуги : Закон України від 24.06.2004 № 1875-IV. Відом. Верхов. Ради України. 2004. №47. Ст. 514.

вищення економічної зацікавленості споживачів у їх встановленні за власні кошти споживач – той, хто користується комунальними послугами¹; 3) відповідно до п. 1 Правил користування місцевим телефонним зв'язком споживач – той, хто одержує послуги телефонного зв'язку²; 4) згідно з п. 1.3 Методики визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання на ринку споживач – той, хто здійснює діяльність із придбання та використання товарів, послуг, робіт на відповідному товарному (товарних) ринку (ринках)³; 5) згідно з п. 1.7 Типових вимог до узгоджених дій суб'єктів господарювання для загального звільнення від попереднього одержання дозволу органів Антимонопольного комітету України на узгоджені дії суб'єктів господарювання, споживач – це особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити товари (роботи, послуги), що реалізуються відповідними суб'єктами господарювання⁴.

Сучасна юридична наука наповнена думками щодо розширення поняття «споживач». Зокрема, Є. Корнілов пропонує до змісту поняття «споживач» включити, крім фізичних, ще й юридичних осіб, обмеживши межі застосування норм Закону України «Про захист прав споживачів». Як приклад автор наводить організацію, що придбала для задоволення потреб своїх співробітників холодильник, який виявився несправним. Окреслюючи допустимість такого уточнення, дослідник звертає увагу на те, що при пред'явленні організацією позову щодо

¹ Положення про порядок розрахунків за комунальні послуги між виробниками (постачальниками), виконавцями і споживачами послуг водопостачання, водовідведення і теплопостачання в умовах використання засобів обліку споживання води і теплової енергії в житловому фондї та підвищення економічної зацікавленості споживачів у їх встановленні за власні кошти : наказ Держ. комітету України по житлово-комунал. господарству від 13 груд. 1995 р. №55. URL: www.rada.kiev.ua (дата звернення: 04.06.2020).

² Про затвердження Правил користування місцевим телефонним зв'язком : постановою Каб. Міністрів України від 22 квіт. 1997 р. №385. URL: www.rada.kiev.ua (дата звернення: 04.06.2020).

³ Про затвердження Методики визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання на ринку : розпорядження Антимонопол. комітету України від 05.03.2002 №49-р. *Офіц. вісн. України*. 2002. №14. Ст. 778.

⁴ Про затвердження Типових вимог до узгоджених дій суб'єктів господарювання для загального звільнення від попереднього одержання дозволу органів Антимонопольного комітету України на узгоджені дії суб'єктів господарювання : розпорядження Антимонопол. комітету України від 12.02.2002 №27. *Офіц. вісн. України*. 2002. №11. Ст. 543.

захисту порушених прав слід звертатися до положень Закону України «Про захист прав споживачів»¹.

На нашу думку, можливість включення до поняття «споживач» й юридичних осіб є необґрунтованою. Адже метою споживчого законодавства є захист прав не професіонала, а слабшої сторони, яка є такою з огляду на інших контрагентів споживчого ринку. Включення юридичних осіб до поняття «споживач» призведе до втрати чіткої спрямованості на захист прав споживачів, яка сформувалася і існує сьогодні.

Наголошуючи на спеціальному суб'єктному складі сторін договору побутового підяду, законодавець звертає увагу й на ряд спеціальних вимог щодо підрядника, серед яких, крім статусу особи, виділяються й вимоги кваліфікованого спеціаліста у сфері виконання робіт. Наприклад, це передбачено Директивою 94/47/ЄС та Директивою 90/314/ЄЕС. У випадку надання послуг чи виконання робіт – Директива про захист персональних даних та Директива про дистанційні договори під час дистанційної торгівлі, виділяють принцип надання явно вираженої згоди, яка надається споживачем з метою укладення такого договору. Відповідно до наведеної Директиви право споживача на інформаційний захист полягає у наданні (у нашому випадку – підрядником) чіткої і зрозумілої інформації та її змін у письмовому вигляді. Саме тому до моменту укладення договору побутового підяду повинна бути надана не лише інформація, включаючи ціну, інформацію про товар, але й повне інформування про порядок припинення договору.

Отже, з наведеного вище доходимо висновку, що законодавство і практика Європейського Союзу, слідуючи вимогам часу, зосереджують свою увагу на все ширшому колі питань, які потребують регулювання, не є винятком і договір побутового підяду, адже містить такі особливості, які виокремлюють його від інших договорів підрядного типу та належить до сфери регулювання споживчих договорів.

Серед основних особливостей договору побутового підяду виокремлює: 1) обмежене коло суб'єктного складу та спеціальний правовий статус; 2) надання одним суб'єктам (споживачам) додаткових суб'єктивних цивільних прав та способів захисту; 3) встановлення додаткових обов'язків іншим суб'єктам, які реалізують товари, надають

¹ Корнилов Э. Вопросы совершенствования законодательства о защите прав потребителей. *Хозяйство и право*. 1999. №4. С. 68.

послуги тощо, серед яких відшкодування шкоди та компенсація моральної шкоди, завданої неякісними товарами, роботами чи послугами тощо.

У сучасній юридичній літературі мають місце думки, що не всі умови договору становлять зміст основного зобов'язання. Так, умови щодо гарантійних зобов'язань погоджуються безпосередньо при укладенні договору, однак їх дія залежить від настання певних додаткових (стосовно договору) юридичних фактів. Саме тому, крім основного договірною зобов'язання у договорі, може бути закладена можливість виникнення додаткового зобов'язання, однак для його реалізації необхідний повний юридичний склад, який, крім договору, передбачає й інші юридичні факти (завдання шкоди, невиконання основного зобов'язання тощо). З іншого боку, такі зобов'язання можуть взагалі не виникнути.

Зміст договірною зобов'язання, зокрема в договорі побутового підряду, може встановлюватися не лише погодженими сторонами умовами, а й диспозитивними й імперативними нормами ЦК України та іншими законодавчими актами.

Ураховуючи законодавчу дефініцію зобов'язання, що міститься в ч. 1 ст. 509 ЦК України, в сучасній юридичній літературі наводиться класифікація підрядних обов'язків сторін договору залежно від змісту цивільно-правових зобов'язань та способу їх вираження, зокрема це: 1) обов'язки щодо здійснення певних дій (обов'язок виконати певну роботу, прийняти, оплатити її тощо); 2) обов'язки щодо утримання від вчинення певних дій (замовник не вправі заперечувати або створювати якісь перешкоди при залученні до виконання робіт підрядником інших осіб (субпідрядників), якщо інше не передбачено їх домовленістю); 3) обов'язки, прямо передбачені законом (обов'язок виконати певну роботу, зберігати надані матеріали та майно, передати інформацію, прийняти та оплатити роботу тощо); 4) обов'язки, визначені шляхом погодження умов договору (погодження обов'язків із надання матеріалу, залучення чи незалучення інших осіб (субпідрядників), погодження ціни роботи та способів її визначення тощо); 5) обов'язки, визначені шляхом вказівки на кореспондуючі їм права контрагента (невиконання замовником обов'язку замінити недоброякісний або непридатний матеріал кореспондує праву підрядника відмовитися від договору підряду та праву на відшкодування збитків)¹.

¹ Гриняк А. Б. Особливості правового регулювання відносин за договорами підряду : монографія / відп. ред. В. В. Луць. Київ : НДІ приват. права і підприємництва НАПрН України, 2011. С. 155.

Така класифікація викликає інтерес та, безумовно, вважається такою, що може бути застосована й до такого виду підрядного договору, як побутовий підряд. Однак звертати увагу лише на обов'язки сторін за договором побутового підряду видається не зовсім правильним, адже зважаючи на те, що договір є синалагматичним, належну увагу слід приділяти й правам сторін договору, які, на відміну від прав підрядника, мають свою специфіку. Наприклад, відповідно до ст. 872 ЦК України замовник має право у разі істотного порушення підрядником договору побутового підряду, якщо робота виконувалась із матеріалу замовника, вимагати: 1) виготовлення іншої речі з однорідного матеріалу такої самої якості; 2) розірвання договору та відшкодування збитків. При будь-яких інших істотних відступах чи недоліках виконаної роботи замовник має право на свій вибір вимагати безоплатного усунення цих недоліків у розумний строк або відшкодування витрат на усунення недоліків чи відповідно зменшення оплати.

У споживчому законодавстві України звертається увага не тільки на якість виконаних робіт, а й на обслуговування. Зокрема, постановою Кабінету Міністрів України від 16 травня 1994 р. № 313 затверджено Правила побутового обслуговування населення (далі – Правила). Їх мета спрямована на основні вимоги щодо побутового обслуговування населення і регулювання відносин між замовником та виконавцем у наданні побутових послуг на території України.

В юридичній літературі інколи допускається плутанина щодо таких понять, як «побутова послуга» та «результат роботи, який задовольняє побутові та інші особисті потреби». Зокрема, побутова послуга – це вид діяльності суб'єктів, пов'язаної із задоволенням конкретної побутової потреби індивідуального замовника¹. Правилами побутового обслуговування населення визначаються права та обов'язки замовника та виконавця, серед яких: дотримання термінів виконання замовлення; виконання гарантійних зобов'язань щодо виготовлення виробів і відремонтованих ним речей; належний рівень культури обслуговування; збереження прийнятих від замовника для надання послуг речей та матеріалів, а також використання їх за призначенням; виплата замовникові у разі порушення умов угоди неустойки (пені), якщо це передбачено умовами угоди тощо.

¹ Іваненко Л. М., Язвінська О. М. Захист прав споживачів : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2014. С. 392.

Схожі за своїм змістом права підрядника закладені й у нормах ЦК України. Зокрема, ст. 874 ЦК України передбачено, що у разі нез'явлення замовника за одержанням виконаної роботи або іншого ухилення замовника від її прийняття підрядник має право, письмово попередивши замовника, зі спливом двох місяців від дня такого попередження продати предмет договору побутового підряду за розумну ціну, а суму виторгу, з вирахуванням усіх належних підрядникові платежів, внести у депозит нотаріуса нотаріальної контори на ім'я замовника.

Колізія щодо строків попередження замовника є очевидною, адже якщо Правилами надається строк у шість місяців, то нормою ЦК України – у два місяці. Відповідно на практиці часто виникають спірні ситуації, в яких підрядник, не маючи чітких законодавчих вказівок, знаходиться у безвихідній ситуації. На наш погляд, врегулювання прав та обов'язків сторін за договором побутового підряду повинно здійснюватись за нормами споживчого законодавства та ЦК України.

Із врахуванням викладеного права та обов'язки сторін договору побутового підряду поділяємо на загальні та спеціальні. До загальних прав замовника належить право: 1) прийняття та оплати виконаної підрядником роботи (ст. 837 ЦК України); 2) вимоги підрядника у встановлений строк здійснити заміну недоброякісного або непридатного матеріалу, зміни вказівки про спосіб виконання роботи та усунення інших обставин, що загрожують якості або придатності результату роботи (ст. 848 ЦК України); 3) перевірки в будь-який час перебігу і якості роботи, не втручаючись у діяльність підрядника (ст. 849 ЦК України); 4) сприяння підрядникові у виконанні роботи у випадках, в обсязі та в порядку, встановлених договором підряду (ст. 850 ЦК України); 5) відмови від виконання договору та вимоги щодо відшкодування збитків, якщо підрядник своєчасно не розпочав роботу або виконує її настільки повільно, що закінчення її в строк стає явно неможливим (ст. 852 ЦК України); 6) огляду результату роботи та у випадку виявлення допущених відступів від умов договору або інших недоліків негайне повідомлення про них підрядника (ст. 853 ЦК України) тощо.

У свою чергу, до спеціальних прав відносимо право на: 1) достовірну інформацію про запропоновані підрядником роботи, їх види та особливості, про ціну та форму оплати роботи, а також повідомлення будь-яких інших відомостей на прохання замовника; 2) відмову у будь-який час до здачі роботи від договору побутового підряду, сплативши

підрядникові частину встановленої ціни роботи пропорційно роботі, фактично виконаній до повідомлення про відмову від договору, та відшкодувавши підряднику витрати, здійснені до цього моменту з метою виконання договору, якщо вони не входять до частини ціни роботи, яка підлягає сплаті; 3) розірвання договору та відшкодування збитків у випадку, якщо внаслідок неповноти чи недостовірності інформації, отриманої від підрядника, був укладений договір на виконання робіт, із закінченням яких вони не будуть мати тих властивостей, які мав на увазі замовник на момент укладення договору; 4) вимогу від підрядника виконання певної роботи спеціалістом, тобто особою, яка має спеціальні знання чи є фахівцем у даній сфері; 5) безоплатне усунення недоліків у розумний строк чи відшкодування його витрат на усунення недоліків у випадку виявлення інших відступів від умов договору; 6) відмову від оплати відповідних робіт у випадку нав'язування їх до договору; 7) виготовлення іншої речі з однорідного матеріалу такої самої якості або розірвання договору та відшкодування збитків у випадку допущення підрядником істотних відступів від умов договору побутового підряду або інших істотних недоліків у роботі, виконаній з матеріалу замовника та інші.

Серед обов'язків замовника найголовнішими є обов'язки щодо: 1) надання чітко окресленого завдання (замовлення) підряднику; 2) надання матеріалів для виконання замовлення (якщо замовлення за умовами договору виконується із матеріалів замовника); 3) заміни неякісного матеріалу на інші, придатні для виконання робіт, за вимогою підрядника у визначений строк; 4) сприяння підряднику у повному виконанні роботи, в тому числі прийняття та оплати матеріалізованого результату тощо.

Права та обов'язки підрядника також становлять важливу складову змісту побутових правовідносин, адже чітке дотримання підрядником прав та обов'язків сприяє належному виконанню робіт, що призводить до безпечного використання результату робіт у майбутньому. З огляду на наведене вище залишається додати, що з розвитком ринкових відносин зростає і попит на певні роботи, в тому числі побутово-обслуговуючі, а тому наведений перелік прав та обов'язків сторін у договорі побутового підряду є невичерпним.

Серед усіх існуючих способів укладення договорів в цивільному праві (загальний, спеціальний, судовий), зважаючи на ознаку публічної

оферти, договір побутового підряду не може бути укладений у конкурентний спосіб. Умови, на яких пропонується укладення договору побутового підряду, є однаковими для усіх замовників, за винятком тих, кому за законом надані пільги.

Відомо, що в договорі побутового підряду юридичний обов'язок підрядника, який полягає у виконанні певної роботи за завданням замовника, представлений його поведінкою, яка трансформується у матеріалізований результат. Для отримання останнього в літературі звертається увага на стадії укладення договору. Так, наприклад, оферта, яка спрямовується на широке коло осіб та містить інформацію про певні види робіт, що надаються підрядником, вважається першою стадією.

Досліджуючи правову природу оферти, В. В. Васильєва виокремлює декілька її ознак, зокрема: 1) оферта має виражати намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття; 2) оферта повинна бути вчинена з наміром створити правові наслідки; 3) оферта повинна бути визначеною, однозначною та містити істотні умови майбутнього договору; 4) оферта повинна бути такою, що відрізняється від декларації наміру укласти договір та від запрошення робити оферту; 5) оферта повинна бути адресована конкретній особі; 6) оферта не повинна містити умов, що вона є прийнятою у разі мовчання або бездіяльності того, кому вона адресована; 7) дві ідентичні перехресні оферти не становлять договір (сторони не знають про пропозицію одна одній)¹. Погоджуючись із авторкою в тому, що оферта відображає намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття, зазначимо, що оферта у договорі побутового підряду спрямована на широке коло осіб та за своєю правовою природою є здебільшого «запрошенням до укладення договору».

Під запрошенням укласти договір побутового підряду слід розуміти будь-яку пропозицію інформаційного характеру, яка спрямована на спонукання фізичних осіб звернутися до адресата запрошення з пропозицією укласти договір (оферту). Запрошення зробити пропозицію щодо укладення договору не містить дійсного бажання сторони бути юридично пов'язаною і не має на меті виникнення зобов'язання та надання сторонам певних прав чи покладення на них певних обов'язків.

¹ Васильєва В. В. Договір як підстава виникнення цивільно-правового зобов'язання : автореф. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2013. С. 12.

Виставлення товару, демонстрація його зразків у вітрині (на полицях) чи інша його демонстрація є запрошенням покупцю звернутися з офертою про придбання цього товару. Пропозиція, спрямована на укладення договору, яка не відповідає вимогам, встановленим законодавством щодо змісту оферти, є запрошенням зробити пропозицію про укладення договору¹.

Публічну пропозицію роботи за ст. 869 ЦК України слід розуміти як інформацію щодо певного виду роботи, яка виконується за договором побутового підряду. При цьому зазначимо, що «пропозицію роботи» не слід співвідносити із рекламою.

Згідно із Законом України «Про рекламу» реклама розуміється як інформація про особу чи товар, поширена в будь-якій формі та в будь-який спосіб і призначена сформулювати або підтримати обізнаність споживачів реклами та їх інтерес щодо таких особи чи товару². У тлумачному словнику «рекламою» визнається популяризація товарів, видовищ, послуг з метою привернути увагу покупців, споживачів, глядачів, замовників³. У свою чергу, інформація – це відомості про які-небудь події, чинись діяльність, повідомлення про щось⁴.

Зважаючи на близьке за змістом значення наведених термінів, звертаємо увагу, що сферою застосування реклами є перш за все ринкові відносини, вона має добровільний характер волевиявлення та поширюється на суб'єктів «рекламованого» правовідношення. Натомість інформація – широке за змістом поняття, яке охоплює необмежене коло осіб. Підрядник, надаючи інформовану рекламну пропозицію щодо виду своїх робіт, повинен усвідомлювати, що реклама є лише запрошенням та має містити тільки ті відомості, які є доступними для приймання роботи, яку він пропонує.

Так, у ст. 868 ЦК України встановлено, що підрядник зобов'язаний до укладення договору побутового підряду надати замовникові необхідну та достовірну інформацію про запропоновані роботи, їх види та особливості, про ціну та форму оплати роботи, а також повідомити

¹ Бородовський С. О. Укладення, зміна та розірвання договору у цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2005. С. 6.

² Про рекламу : Закон України від 03.07.1996 № 270/96-ВР. *Відом. Верхов. Ради України*. 1996. № 39. Ст. 181.

³ Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. Київ ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. С. 1210.

⁴ Там само. С. 504.

замовникові на його прохання інші відомості, що стосуються договору. Підрядник зобов'язаний назвати замовнику конкретну особу, яка буде виконувати роботу, якщо за характером роботи це має значення. Наведені вимоги слід розуміти як переддоговірні умови укладення договору побутового підряду.

Відповідно до Закону України «про захист прав споживачів» замовник має право на інформацію про підрядника-виконавця, а також інформацію про перелік робіт, які пропонуються підрядником. Інформація для замовника має бути доступною, достовірною та своєчасною і надаватися йому під час укладення договору побутового підряду. Інформація, яка надається замовнику, обов'язково має містити типові види робіт, які пропонуються підрядником, а також відомості про основні споживчі характеристики запропонованого результату робіт та ціну.

До інформації, яка є обов'язковою, законодавець відніс також інформацію про підрядника, а саме: повне найменування своєї організації, її місцезнаходження, режим роботи. Відповідно до цього для замовника на доступному місці повинна знаходитись інформація про державну реєстрацію підрядника як суб'єкта підприємницької діяльності з вказівкою органа, який здійснив таку реєстрацію. У випадку, коли вид діяльності підрядника підлягає обов'язковому ліцензуванню, замовнику надається інформація про номер ліцензії, термін дії ліцензії та державний орган, який видав ліцензію. Замовник вправі вимагати від підрядника й інформацію про особу, яка буде виконувати його замовлення, зокрема професійні навички, освіту, стаж роботи тощо.

З огляду на наведене доходимо висновку, що інформація, яка надається підрядником про виконання побутових робіт, поділяється на два види: 1) загальна (обов'язкова) інформація щодо виконання робіт та виготовлення речі, яка встановлена законодавством; 2) додаткова інформація, яка надається у відповідних внутрішніх правилах та спеціальних інструкціях з використання та експлуатації результатів роботи. Така інформація може надаватися замовнику у друкованому вигляді як додаток до матеріалізованого результату або бути доступною для ознайомлення у місці виконання роботи. Будь-яка інша інформація замовнику може надаватися в усній формі і вважатиметься додатковою.

Таким чином, з наведеного вище виокремлюємо такі стадії договору побутового підряду: 1) запрошення щодо укладення договору побутового підряду; 2) надання замовникові необхідної та достовірної інформації

про запропоновані види робіт; 3) пропозиція (оферта) від замовника щодо укладення договору побутового підряду на умовах підрядника.

Укладеним договір вважатиметься з моменту погодження предмета, а також усіх інших умов, щодо яких досягнуто згоди. Наявність квитанції, чека, квитка тощо свідчить про укладення договору побутового підряду.

Правові наслідки договору побутового підряду – це певний результат застосування, як правило, в судовому порядку, уповноваженою особою до порушника того чи іншого способу захисту цивільних прав та інтересів.

ЦК України передбачив можливість кожній особі звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу (ст. 16 ЦК України). Універсальність встановлених у наведеній статті способів захисту цивільних прав та інтересів полягає в тому, що вони застосовуються незалежно від виду та характеру самих прав та інтересів. Носій абсолютного права застосовує встановлені способи захисту проти всіх і кожного, хто порушує його право, в тому числі й при порушенні побутових підрядних відносин.

Аналізуючи договірну відповідальність сторін у підрядних зобов'язаннях, А. Б. Гриняк стверджує, що нині цивільно-правова відповідальність має зберігати своє значення вирішального чинника превентивного правового впливу на поведінку його сторін¹.

Підставою цивільної відповідальності у договорі побутового підряду є порушення зобов'язання, тобто його невиконання чи неналежне виконання. Наявність причинного зв'язку та шкоди є умовами покладення відповідальності, які можуть бути: а) обов'язковими (у випадку, коли порушенням заподіяні збитки); б) факультативними (у випадках про стягнення штрафних санкцій).

У цивілістичній теорії переважаючою є точка зору, що за порушення договірних зобов'язань може настати цивільна відповідальність, яка проявляється в кількох формах, зокрема у: формі відшкодування збитків; сплати неустойки; втрати завдатку; позбавленні особи її суб'єктивного права за порушення договірного зобов'язання². Не

¹ Гриняк А. Б. Теоретичні засади правового регулювання підрядних зобов'язань у цивільному праві України : монографія. Київ : НДІ приват. права і підприємництва НАПрН України, 2013. С. 313.

² Луць В. В. Контракти в підприємницькій діяльності. Київ : Юрінком Інтер, 2008. С. 126–135.

винятком є і договір побутового підряду, за умовами якого договірна відповідальність відображена у формі відшкодування збитків, сплати неустойки, втрати завдатку тощо.

За умовами договору побутового підряду замовник має право на необхідну та достовірну інформацію про запропоновані підрядником види робіт та їх особливості, тому підрядник зобов'язаний їх надати у встановленому законодавством порядку. У разі надання підрядником недостовірної інформації, чи недотримання її вимог щодо інформації про види робіт, цін, ліцензії, в тому числі й термін її дії, призведе до порушення умов договору побутового підряду.

Отже, серед елементів складу цивільного правопорушення і підстав відповідальності слід виділити протиправну поведінку сторін договору побутового підряду, яка відображається у двох аспектах: 1) невиконання чи неналежне виконання зобов'язання за договором побутового підряду; 2) порушення припису § 2 гл. 61 ЦК України чи підзаконних нормативно-правових актів у цій сфері.

Характеризуючи протиправність як умову деліктної відповідальності, зауважимо, що в цивільному праві існує презумпція протиправності діяння, яке спричинює шкоду за принципом «генерального делікту» (ст. 1166 ЦК України), а це значить, що порушник, який надав докази своєї уповноваженості, тим самим виключивши свою протиправність, може вийти з-під дії принципу генерального делікту. Однак за правилами побутового підряду таке «виключення» є хибним, адже навіть у тому випадку, якщо роботу виконував не підрядник, а будь-яка інша особа-спеціаліст, відповідальність щодо належного виконання договору лежить на підряднику. Відповідно субпідрядник, відповідаючи перед підрядником за якість виконаних робіт, не звільняє останнього від відповідальності перед замовником.

Серед усіх форм відповідальності у договорі побутового підряду найпоширенішою є відшкодування збитків. У ЦК України зазначено, що збитки є лише одним із способів відшкодування майнової шкоди. ГК України дещо по-іншому розглядає склад збитків. Так, наприклад, у ст. 224 ГК України вказується, що до складу збитків належать: вартість втраченого, пошкодженого або знищеного майна; додаткові витрати (штрафні санкції, сплачені іншим суб'єктам, вартість додаткових робіт, додатково витрачених матеріалів тощо), понесених стороною, яка зазнала збитків внаслідок порушення зобов'язання другою сторо-

ною; неодержаний прибуток (втрачена вигода), на який сторона, яка зазнала збитків, мала право розраховувати у разі належного виконання зобов'язання другою стороною; матеріальна компенсація моральної шкоди.

Відповідно до ч. 1 ст. 10 Закону України «Про захист прав споживачів» споживач має право відмовитися від договору про виконання робіт (надання послуг) і вимагати відшкодування збитків, якщо виконавець своєчасно не приступив до виконання зобов'язань за договором або виконує роботу так повільно, що закінчити її у визначений строк стає неможливим.

Вважаємо, що відповідальність сторін за договором побутового підряду визначається на основі загальних правил, встановлених гл. 51 ЦК України, з урахуванням спеціальних встановлених у гл. 61 ЦК України.

Найпоширенішими правопорушенням у договорі побутового підряду є невиконання, неналежне виконання, а також несвоєчасне виконання зобов'язання. Вважаємо, що виконавши зобов'язання за договором побутового підряду повною мірою, але при цьому прострочивши його, сторона, яка допустила таке порушення, зобов'язана сплатити іншій стороні неустойку, встановлену договором або законом, а також зобов'язана відшкодувати збитки в повному обсязі¹.

На думку Б. П. Карнаух, належне виконання договору залежить не тільки від тих заходів, що вживаються після його укладення, а й від заходів, яких було вжито до його укладення². З огляду на наведене вважається, що на сторону покладається обов'язок доведення наявності й розміру завданих збитків, оскільки за нормами ст. 623 ЦК України, розмір збитків, завданих порушенням зобов'язання, має доводитись кредитором. Збитки визначаються з урахуванням ринкових цін, що існували на день добровільного задоволення боржником вимоги кредитора у місці, де зобов'язання має бути виконано, у випадку, якщо вимога не була задоволена добровільно – у день пред'явлення позову, якщо інше не встановлено договором або законом.

Крім відшкодування збитків, сплати неустойки, сторони за договором побутового підряду мають право й на компенсацію моральної

¹ Пленюк М. Д. Цивільно-правове регулювання строків (термінів) у договорах про виконання робіт : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2011. С. 152.

² Карнаух Б. П. Вина як умова цивільно-правової відповідальності : автореф. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2013. С. 6.

шкоди. Під моральною шкодою розуміються наслідки правопорушення, які не мають економічного змісту і вартісної форми та виражаються, зокрема, у фізичному болю, душевних стражданнях, приниженні честі та гідності фізичної особи¹.

У доктрині приватного права зазначається, що компенсація моральної шкоди в договірних правовідносинах може здійснюватися у випадках, прямо передбачених законом або договором². Відповідно до частин 1, 4, 5 ст. 23 ЦК України особа має право на відшкодування моральної шкоди, завданої внаслідок порушення її прав. Саме тому у разі невиконання чи неналежного виконання договору побутового підяду компенсація моральної шкоди має здійснюватись незалежно від відшкодування майнової шкоди, а розмір відшкодування не може бути пов'язаним з розміром майнової шкоди.

Вважається, що при встановленні розміру компенсації моральної шкоди у договорі побутового підяду доречним зважати на: 1) характер правопорушення; 2) глибину фізичних та душевних страждань, погіршення здібностей потерпілого або позбавлення його можливості їх реалізації; 3) ступінь вини особи, яка завдала моральну шкоду, якщо вона є підставою для відшкодування (ч. 3 ст. 23 ЦК України). При цьому, визначаючи розмір компенсації моральної шкоди в зобов'язаннях, які виникають із договору побутового підяду, суд, крім принципів добросовісності, справедливості та розумності, має керуватися, як зазначають О. В. Дзера та С. І. Шимон, й принципами умовної рівності втраченого блага, поміркованості, розсудливості, врівноваженого мислення тощо³ та не має призводити до збагачення сторони.

Сьогодні найбільш обґрунтований підхід до визначення розміру моральної шкоди демонструє практика Європейського суду з прав людини. Модель, до якої так чи інакше тяжіють обидві зазначені судові інституції, спирається, головним чином, на суддівське уявлення про справедливість і розумність присудженої компенсації. В основу таких «тарифікаційних» моделей покладено сформоване на суто моральному підґрунті уявлення про справедливість того чи іншого розміру компен-

¹ Цивільне право України. Академічний курс : підручник : у 2 т. / за заг. ред. Я. М. Шевченко. 2-ге вид., перероб. і допов. Київ : Ін Юре, 2006. Т. 1. Загальна частина. С. 114.

² Там само. С. 388.

³ Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін. ; за ред. О. В. Дзери. Київ : Юрінком Інтер, 2008. С. 733.

сації. Водночас у разі їх закріплення зберігається певний простір для судового розсуду, уможливується врахування різноманітних обставин кожної окремої справи – зокрема й тих, наявність і юридична вагомість яких заздалегідь не передбачається, однак може бути доведена зацікавленою стороною в загальному порядку¹.

Так, наприклад, ст. 874 ЦК України встановлено, що у разі нез'явлення замовника за одержанням результату роботи, підрядник має право продати предмет договору побутового підряду, а суму виторгу з вирахуванням усіх належних йому платежів внести у депозит нотаріуса нотаріальної контори на ім'я замовника, або притримати предмет договору побутового підряду чи вимагати відшкодування збитків. Очевидно, що нормою наведеної статті встановлено можливість захисту інтересів підрядника. Адже у разі нез'явлення замовника за одержанням виконаної роботи підрядник має право продати результат виконаних робіт, попередньо виконавши такі умови: 1) письмово попередити замовника, при цьому попередження має бути здійснено у такий спосіб, щоб у підрядника були всі фактичні докази того, що замовник отримав повідомлення; 2) продавши результат виконаних робіт за розумну ціну, підрядник зобов'язаний внести у депозит нотаріуса нотаріальної контори на ім'я замовника після вирахування усіх належних йому платежів суму виторгу.

Крім таких можливостей, законодавець надає право підряднику відповідно до ч. 2 ст. 874 ЦК України притримати виконаний результат. Відповідно до цього у підрядника виникає право вимагати від замовника відшкодування збитків. При цьому сума збитків має враховувати і витрати, які поніс підрядник на зберігання та підтримку належного вигляду виконаного замовлення.

Виходячи із вищенаведеного, сьогодні існує потреба перегляду судової практики щодо компенсації моральної шкоди у договорі побутового підряду, з урахуванням обставин кожної окремої справи. Враховуючи особливість договірних побутових відносин, де результат виконаної роботи насамперед має задовольняти побутові та інші особисті потреби замовника, компенсація моральної шкоди за невиконання, неналежне чи несвочасне виконання умов договору побутового підряду повинна здійснюватися незалежно від відшкодування матері-

¹ Відповідальність у приватному праві : монографія / І. Безклубий, Н. Кузнецова, Р. Майданик та ін. / за заг. ред. І. Безклубого. Київ : Грамота, 2014. С. 68.

альної шкоди, а в окремих випадках може бути єдиним способом захисту цивільних прав та інтересів.

4.3. Договір будівельного підряду

Регулюванню відносин у сфері виконання будівельних робіт присвячено один з чотирьох параграфів гл. 61 ЦК України. Зазначений договір знайшов своє окреме місце в межах цієї глави внаслідок скасування «жорсткого» нормативного режиму та закріплення принципу свободи договору шляхом посилення регулятивних можливостей договору. Недарма з цього приводу наголошується, що з ліквідацією адміністративно-планової системи управління договір перетворився на самостійний і головний засіб регулювання економічних відносин¹. Тобто наявність спеціального параграфа, присвяченого врегулюванню будівельних відносин, є перешкодою для застосування до цього виду договору загальних положень про підряд.

Отже, відповідно до ст. 875 ЦК України за договором будівельного підряду підрядник зобов'язується збудувати і здати у встановлений строк об'єкт або виконати інші будівельні роботи відповідно до проектно-кошторисної документації, а замовник зобов'язується надати підрядникові будівельний майданчик (фронт робіт), передати затверджену проектно-кошторисну документацію, якщо цей обов'язок не покладається на підрядника, прийняти об'єкт або закінчені будівельні роботи та оплатити їх.

Аналіз дефініції договору будівельного підряду дозволяє зробити висновок, що аналізований договір є консенсуальним, двостороннім (взаємним), оплатним, ризиковим, строковим договором. Крім того, договір будівельного підряду як вид договору підряду має всі родові ознаки, властиві останньому. По-перше, договір будівельного підряду спрямований на виконання робіт відповідно до завдання замовника. По-друге, договір будівельного підряду спрямований на виконання тільки таких робіт, які передбачають одержання результату, відмежова-

¹ Беляневич О. А. Господарський договір та способи його укладання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04. Київ, 1999. С. 3.

ного в часі від самої роботи. По-третє, результат робіт має індивідуальний характер. Окремо з цього приводу виділяють й такі видові відмінності, як: а) виконання робіт на об'єкті нерухомості, що нерозривно пов'язаний із землею; б) виконання робіт, спрямованих на підвищення міцності, стійкості, надійності будинку і спорудження та (або) монтажу обладнання на зазначених об'єктах¹.

Ідентичне визначення договору підяду на капітальне будівництво закріплене у ст. 318 ГК України, що свідчить про фактичне дублювання ГК України положень ЦК України, які регулюють відносини у сфері будівництва. Більше того, законодавець у ГК України запозичив і деякі положення ЦК 1963 р. Так, ЦК України передбачає, що за невиконання чи неналежне виконання зобов'язань за договором будівельного підяду винна сторона сплачує неустойку, встановлену договором або законом, та відшкодовує збитки в повному обсязі. Водночас ч. 1 ст. 322 ГК України передбачено, що за невиконання або неналежне виконання зобов'язань за договором підяду на капітальне будівництво винна сторона сплачує штрафні санкції, а також відшкодовує другій стороні збитки (зроблені другою стороною витрати, втрату або пошкодження її майна, неодержані доходи) в сумі, не покритій штрафними санкціями, якщо інший порядок не встановлено законом. Аналогічне положення містилося у ст. 356 ЦК УРСР 1963 р. Таким чином, питанню правовідносин у сфері будівництва присвячено окрему главу ГК України, яка містить суперечливі чинному ЦК України положення, що зумовлює складність реалізації та захисту приватних прав та інтересів суб'єктів правовідносин у сфері будівництва.

Суперечності між наведеними кодифікованими актами щодо назви цих договорів певним чином спрощуються схожістю їх предметів. Так, договір будівельного підяду загалом відобразив і регулює специфіку економічних відносин як капітального, так і некапітального будівництва, що проводиться відповідно до проектно-кошторисної документації, незалежно від юридичної характеристики об'єкта будівництва. Загалом же розрізняють такі галузі будівництва: а) промислове будівництво; б) транспортне будівництво; в) житлово-цивільне будівництво. Терміном «будівництво» охоплюються: а) будівельні роботи, серед них земляні роботи і спорудження, конструктивні зміни, реставраційні

¹ Гриценко Г. М. Правове регулювання капітального будівництва за державні кошти : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04. Донецьк, 2011. С. 39.

роботи, капітальний і поточний ремонт (куди входять чистка й пофарбування) та знесення усіх видів будинків чи будівель; б) цивільне будівництво, куди входять земляні роботи й спорудження, конструктивні зміни, капітальний і поточний ремонт та знесення, наприклад, аеропортів, доків, гаваней, внутрішніх водних шляхів, гребель, захисних споруд на берегах річок і морів поблизу зон обвалів, автомобільних доріг і шосе, залізниць, мостів, тунелів, віадуків та об'єктів, пов'язаних з наданням послуг, таких як комунікації, дренаж, каналізація, водопостачання й енергопостачання; в) монтаж та демонтаж будов і конструкцій з елементів заводського виробництва, а також виробництво збірних елементів на будівельному майданчику¹. Таким чином, кінцевим результатом переважної більшості будівельних робіт є створення нерухомих об'єктів, які, користуючись термінологією ч. 1 ст. 181 ЦК України, тісно пов'язані із землею, що не дозволяє вільно переміщуватись у просторі без їх знецінення та зміни призначення.

Крім того, вказівка у наведених визначеннях договору будівельного підряду на те, що підрядник зобов'язується збудувати і здати замовникові об'єкт або виконати будівельні роботи, може покласти край дискусії у літературі з приводу об'єкта цього договору: що ним вважати – чи діяльність підрядника з виконання робіт, чи завершений будівництвом об'єкт, чи одне й друге разом узяті.

Не вдаючись до давньої дискусії з цього приводу, одразу зазначимо про доцільність використання при оновленні параграфу 3 гл. 61 ЦК України унітарної (єдиної) концепції розуміння предмета договору будівельного підряду як готового до здачі об'єкта будівництва. Зазначений висновок обґрунтовується тим, що договір будівельного підряду як юридичний факт є підставою виникнення складних зобов'язальних правовідносин. З боку підрядника виникає зобов'язання з будівництва нового об'єкта, капітального ремонту існуючого, реконструкції (технічного переоснащення) підприємств, будівель, споруд, виконання монтажних, пусконаладжувальних та інших робіт, наслідком яких завжди є передача конкретного матеріалізованого результату замовникові, а з боку останнього виникає грошове зобов'язання сплатити визначену договором суму. Тобто оплата за договором будівельного підряду вчиняється виключно за досягнутий підрядником результат

¹ Окремі види договорів у сучасному законодавстві України : монографія / за заг. ред. О. С. Кізлової, О. С. Кужко, Л. В. Діденко. Одеса : Айс-Принт, 2017. С. 120.

роботи. Іншими словами, предметом договору будівельного підряду є індивідуалізований результат праці підрядника, який набуває тієї чи іншої матеріалізованої форми, оскільки робота виконується з матеріалів сторін і здається у вигляді, придатному для оцінки.

Відповідно до характеру робіт і сфери їх виконання класифікуються і договори будівельного підряду, що їх застосовують у будівництві. Як визначено ч. 2 ст. 875 ЦК України, варто розрізняти підрядні договори у сфері будівництва, враховуючи особливості проведення робіт, а саме:

- на проведення нового будівництва;
- на проведення капітального ремонту, реконструкції (технічного переоснащення) підприємств, будівель (зокрема житлових будинків), споруд;
- на виконання монтажних, пусконаладжувальних та інших робіт, нерозривно пов'язаних з місцезнаходженням об'єкта¹.

Договір будівельного підряду обов'язково супроводжується проектно-кошторисною документацією. У самому договорі мають бути визначені склад і зміст проектно-кошторисної документації, а також хто зі сторін і в який строк зобов'язаний її надати. Відсутність такої документації може призвести до визнання договору неукладеним, оскільки проектна документація визначає обсяг і зміст робіт, а отже, уточнює предмет договору будівельного підряду, а кошторис визначає ціну робіт. Водночас наявність документів, які містять відомості щодо обсягу і змісту робіт, вартості робіт, але не названі кошторисом, виключають можливість визнання договору неукладеним.

Виходячи із загальних положень про кошторис (ст. 844 ЦК України) кошторис у будівельних відносинах може бути як чітко визначеним (твердим), так і приблизним. Якщо сторони не визначили в проектно-кошторисній документації можливість його коригування в ході ведення будівельних робіт, він є твердим. Водночас сторони вправі за погодженням між собою вносити зміни у твердий кошторис. Разом із тим підрядник не має права вимагати збільшення твердого кошторису, а замовник – його зменшення у разі, якщо на момент укладення договору підряду не можна було передбачити повний обсяг роботи або необхідні для цього витрати².

¹ Hryniak A. B., Kot O. O., Pleniuk M. D. Contractual regulation of the relations related to work performance : monograph, 2018. P. 87.

² Єрмолаєв А. Договір підряду: нарахування та утримання. *Податки та бухгалтер. облік.* 2002. № 19. С. 81.

При здійсненні розрахунків за договором будівельного підряду поширеною є практика використання авансових платежів. Зокрема, у змісті договору передбачається розмір, порядок виплати, а також і відповідальність за несвоєчасність виплати авансу за кожен етап будівельних робіт. Це насамперед спрямовано на забезпечення належності виконання зобов'язань за договором, адже замовник вправі не оплачувати не завершений етап робіт, чим стимулювати підрядника до дотримання строків та якості об'єкта будівництва. Тобто повний розрахунок із підрядником відбувається після введення об'єкта в експлуатацію та передання підрядником документації у повному обсязі (у тому числі акти на приховані роботи, протоколи випробувань та сертифікати якості використаних матеріалів тощо).

Окремо в межах оновлення ст. 879 ЦК України варто подумати над можливістю розмежування етапу забезпечення будівництва та оплати робіт. Як вбачається із назви цієї статті «Забезпечення будівництва та оплата робіт» перший «блок» тут відображає підходи до врегулювання того, хто і як забезпечує проведення будівельних робіт матеріалами, послугами, водо-, газо-, електроресурсами тощо, що є цілком слушно, а наступний «блок» присвячено врегулюванню розрахунків між сторонами, в тому числі й при руйнації об'єкта внаслідок непереборної сили тощо. Як видається, зазначені питання доцільно відобразити в окремих статтях цього параграфу, що дозволить детальніше акцентувати увагу й на особливостях проведення розрахунків в іноземній валюті. Так, у межах цієї окремої статті доцільно деталізувати відображене у ст. 533 ЦК України загальне правило, за яким допускається використання іноземної валюти, а також платіжних документів в іноземній валюті при здійсненні розрахунків на території України за зобов'язаннями. Водночас, передбачивши спеціальне правило, що замовник вправі виконати взяті на себе зобов'язання із оплати проведених робіт у гривнях незалежно від небажання підрядника прийняти такий платіж.

Аналізуючи питання покладення ризику випадкового знищення або випадкового пошкодження об'єкта будівництва, доцільно навести загальне правило, за яким підрядник у договорі підряду виконує роботу на власний ризик, і, якщо інше не встановлено договором, своїм коштом, тобто із власного матеріалу і власними засобами. Те саме презюмується й щодо ризику випадкового знищення результату роботи. Водночас розподіл ризиків за договором будівельного підряду підпо-

рядковується правилу щодо презумпції вини в цивільному праві. У зв'язку з цим питання про відповідальність за збитки виключатиме питання про ризик випадкового знищення (пошкодження) майна. Так, підрядник несе відповідальність за втрату або пошкодження майна замовника, яка зазвичай підпорядкована принципу вини. Для виключення відповідальності підряднику необхідно довести свою невинуватість, лише після цього можна говорити про ризик замовника як сторони договору підяду, що надала це майно¹. Як виняток із цього правила може бути відповідальність підрядника за договором побутового підяду, де останній відповідає за випадкове знищення (пошкодження) майна замовника, відповідно ризик замовника тут обмежується обставинами непереборної сили. Однак у будівельних правовідносинах діє правило, за яким, якщо в знищенні або пошкодженні об'єкта будівництва є вина певної особи, то згадана особа і несе за це негативні майнові наслідки від випадкового знищення або випадкового пошкодження об'єкта.

Разом із тим при оновленні редакції ст. 880 ЦК України «Ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження об'єкта» варто звернути увагу на питання про настання правових наслідків випадкового знищення (пошкодження) об'єкта і, зокрема, вплив цього ризику на можливість належного виконання зобов'язання. Загальний правовий наслідок випадкового знищення або випадкового пошкодження об'єкта полягає у тому, що сторона, на яку покладено цей ризик, відшкодовує іншій стороні заподіяні цим збитки. Однак не слід виключати й ситуації, коли випадкове знищення або випадкове пошкодження об'єкта будівництва може бути підставою припинення зобов'язання, наприклад, якщо відсутність предмета зобов'язання викликає неможливість виконання останнього або такий наслідок прямо встановлений договором чи передбачений законом.

Неможливість виконання зобов'язання виникне у разі, коли ризик випадкового знищення (пошкодження) об'єкта будівництва – індивідуально визначеної речі, несе підрядник. Неможливість придбання аналогічної юридично незамінної речі, що виключає можливість належного виконання зобов'язання, може розглядатися як підстава для

¹ Договори з виконання робіт в цивільному праві України: проблеми теорії і практики : монографія / за заг. ред. А. Б. Гриняка. Київ : НДІ приват. права і підприємництва ім. акад. Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2015. С. 63.

звільнення підрядника від виконання зобов'язання. Випадкове знищення (пошкодження) такої юридично незамінної речі, як, наприклад, будівля унеможливило виконання зобов'язання та призводить до його припинення. У наведених двох випадках відсутності юридично незамінних речей ідеться про припинення зобов'язання неможливістю його виконання, оскільки така неможливість виникає у зв'язку з обставиною, за яку жодна із сторін не відповідає (ч. 1 ст. 607 ЦК України). Випадкове знищення (пошкодження) майна може тягнути за собою припинення зобов'язання й в інших випадках. Закон допускає припинення зобов'язання на підставах, встановлених як законом, так і договором (ч. 1 ст. 598 ЦК України).

Крім того, в межах цієї статті необхідно чітко відмежовувати правові наслідки випадкового знищення об'єкта будівництва як результату робіт від випадкового знищення чи пошкодження матеріалів, із використанням яких виконується робота. Вирішення питання відмежування цих правових наслідків можна здійснити, опираючись на відому ще римському праву формулу права власності: ризик випадкової загибелі речі несе її власник. Виходячи із цього доцільно закріпити правило, що моментом переходу ризику від замовника до підрядника буде момент досягнення результату будівельних робіт. Тоді ризик випадкового пошкодження або випадкової загибелі майна розподілиться так: з моменту надання майна і протягом усього процесу виконання робіт до досягнення результату виконаної роботи ризик лежить на замовнику як на стороні, яка надала матеріали, з моменту досягнення результату виконаної роботи до його прийняття замовником ризик несе підрядник, а потім після приймання результату виконаної роботи ризик знову переходить до замовника.

Загалом же ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження об'єкта будівництва доцільно розглядати як небезпеку (загрозу) знищення або випадкового пошкодження об'єкта за відсутності вини учасників договірної зобов'язання, з настанням якої носій ризику зобов'язаний відшкодувати іншому учаснику пов'язані з цим збитки. Відповідно для досягнення максимальної ефективності та виконання договором економічної ролі механізму розподілу ризиків не дарма в юридичній літературі пропонується закріпити положення

(щоправда, без уточнення де саме – А. Г.), що при розподілі ризику домінуючою є воля сторін, виражена в договорі¹.

Аналізуючи чинну редакцію ст. 881 ЦК України «Страховання об'єкта будівництва», доцільно зазначити, що закріплена в ній позиція щодо обов'язковості страхування будівельних ризиків, спрямована на забезпечення належного виконання зобов'язань за цим різновидом договорів підяду. Більше того, страхування забезпечує захист майнових інтересів замовників та підрядників від потенційних руйнуванням або пошкодженням об'єкта будівництва внаслідок дії стихійних сил природи, нещасних випадків, невиконанням зобов'язань контрагентами тощо. Найбільш поширені випадки знищення або пошкодження об'єкта будівництва пов'язані зі страхуванням від пожеж, затоплень, протизаконних дій третіх осіб і стихійних лих. Тобто будівельні ризики можуть бути поділені на три основні категорії: вогневі та інші майнові ризики; ризики при будівництві й монтажі обладнання; ризики при випробуванні устаткування. Проте аналіз інформації про великі аварії на будівництві свідчить, що в половині випадків причиною є низька якість будівництва і монтажу, матеріалів та конструкції². Так, міжнародна практика страхування таких ризиків передбачає такі види страхових послуг, а саме: страхування будівельного підприємця від усіх ризиків; страхування всіх монтажних ризиків; страхування будівельних машин та обладнання; страхування промислових машин і технологічного обладнання від поломок; страхування електронного обладнання; страхування завершених продуктів цивільного будівництва; страхування ризику втрати прибутку внаслідок поломок промислових машин і технологічного обладнання³.

Як вбачається зі змісту положень ч. 1 ст. 881 ЦК України, обов'язок щодо страхування об'єкта будівництва може бути покладено як на замовника, так і на підрядника. Водночас за домовленістю між собою він може бути розподілений між сторонами. Виходячи із закріпленого у ст. 7 Закону України «Про страхування» переліку обов'язкових видів страхування, вбачається, що страхування об'єктів будівництва відбу-

¹ Великанова М. М. Ризики в цивільному праві : монографія. Київ : Алерта, 2019. С. 281.

² Організація системи страхового захисту будівельної компанії. *Культура народів Причорномор'я*. 2012. №227. С. 81.

³ Страхування технічних ризиків. URL: https://pidru4niki.com/1416040655496/strahova_sprava/strahuvannya_tehnichnih_rizikiv (дата звернення: 27.05.2020).

вається у добровільній формі, зважаючи на що доцільно було б у межах ст. 881 ЦК України передбачити обов'язковість передбачення обов'язку страхування об'єкта будівництва в договорі будівельного підряду.

У сфері здійснення будівництва та укладення договору будівельного підряду виконання функцій замовника, зокрема здійснення ефективного контролю за діяльністю підрядника, потребує спеціальних знань та навичок, а іноді особливого дозволу на цей вид діяльності. Тому на практиці функції замовника досить часто передаються спеціалізованим організаціям, які діють як представники тих осіб, для яких призначається об'єкт, що будується¹. Зазначений підхід цілком доречно відображено у ч. 3 ст. 881 ЦК України, а саме: замовник має право з метою здійснення контролю та нагляду за будівництвом і прийняття від свого імені відповідних рішень укласти договір про надання такого виду послуг із спеціалізованою організацією або спеціалістом. У цьому разі в договорі будівельного підряду визначаються функції та повноваження такого спеціаліста. Тобто замовник вправі для контролю за дотриманням проектно-кошторисних умов, якості будівництва тощо залучити іншу особу, яка не є стороною договору будівельного підряду (інженера, архітектора).

Міжнародно-правовий досвід повністю підтверджує ефективність залучення на стороні замовника спеціалізованої організації – «інженера» (інженерної організації), особливо якщо будівництво є тривалим та масштабним. Функції «інженера» (інженерної організації) відповідно до Міжнародних умов договору про будівництво 1977 р.² у загальних рисах зводяться до контролю за будівельними роботами, надання консультацій замовнику, надання обов'язкових для підрядника вказівок від імені замовника тощо. В цьому випадку у договорі будівельного підряду визначаються функції такого інженера (інженерної організації), пов'язані з наслідками його дій для підрядника.

Крім того, регулювання відносин авторського нагляду може відбуватися й шляхом укладення договору про надання послуг авторського нагляду, за яким замовник чи генеральний підрядник шляхом укла-

¹ Сергеев А. П. Договор строительного подряда. *Гражданское право* : учебник. Ч. 2 / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Москва : ПРОСПЕКТ, 1998. С. 333.

² Международное частное право : сб. нормат. материалов и документов / сост. Н. Ю. Ерпылева. Москва, 1994. С. 189–193.

дення окремого договору про надання послуг авторського нагляду залучає для здійснення авторського нагляду будівельну організацію, яка проводила будівельні роботи з метою подальшого нагляду та контролю за введенням об'єкта в експлуатацію. Предметом такого договору є дії виконавця з авторського нагляду за процесом і якістю виконання будівельних робіт та введення об'єкта в експлуатацію.

Для договору будівельного підряду, враховуючи складність, порівняно з іншими підрядними договорами, охоплюваних відносин, є характерним змішування елементів різних договорів. Як приклад таких договорів можна навести договір будівництва «під ключ» або поширений у міжнародній будівельній практиці договір «передання продукції на руки», за яким обов'язок підрядника, крім завершення будівництва, становить також обов'язок передання персоналу замовника технічні й управлінські знання та навички щодо успішної експлуатації створеного об'єкта. Так, важливе значення в міжнародній практиці регулювання будівельних відносин відіграють типові (модельні, стандартні) форми підрядних контрактів, розроблені такими міжнародними неурядовими організаціями, як: Європейська економічна комісія ООН, Комісія ООН з права міжнародної торгівлі (UNCITRAL), Міжнародна федерація інженерів-консультантів (FIDIC), Інститут цивільних інженерів (ICE) тощо. Загалом типові форми будівельних контрактів спрямовані на подолання відмінностей національного законодавства шляхом розробки уніфікованих і визнаних на міжнародному рівні правил, а також на формування рекомендацій, на підставі яких сторони розробляють та погоджують між собою спеціальні положення конкретних підрядних договорів. Яскравим прикладом вироблення уніфікованих і визнаних на міжнародному рівні правил є типові контракти FIDIC (контракт на спорудження об'єктів цивільного будівництва, контракт на поставку обладнання, проектування і будівництво для електромеханічних та пусконаладжувальних робіт, контракт для проведення дренажних робіт тощо)¹.

Щодо особливостей передання та прийняття об'єкта будівництва доцільно зазначити, що прийняття збудованого об'єкта є не лише правом, а й обов'язком замовника. Відповідно замовник, якщо інше не встановлено договором, організовує та здійснює прийняття робіт за свій рахунок.

¹ FIDIC Book Collections. FIDIC. URL: <http://fidic.org/bookshop/collections> (дата звернення: 31.05.2020).

У процесі передання-приймання об'єкта сторони перевіряють відповідність завершених робіт умовам договору. Замовник, який одержав повідомлення підрядника про готовність до передання об'єкта будівництва зобов'язаний негайно розпочати їх прийняття. Передання об'єкту підрядником і прийняття його замовником оформлюється актом, підписаним обома сторонами. Тобто виконання договірної зобов'язання, що випливає із договору будівельного підряду, складається із сукупності послідовних фактичних чи юридичних дій замовника та підрядника, спрямованих на реалізацію (здійснення) передбачених договором або законом їх суб'єктивних прав і обов'язків задля досягнення економічної та юридичної мети зобов'язання, що виражається у досягненні кінцевого результату, якого бажали досягти сторони при вступі у підрядні відносини (закінчення будівництва і передання об'єкта будівництва замовникові або виконання підрядником інших будівельних робіт).

У прийнятті робіт мають брати участь представники органів державної влади та органів місцевого самоврядування у випадках, встановлених законом або іншими нормативно-правовими актами. Наприклад, для перевірки відповідності органи державної влади чи місцевого самоврядування можуть зобов'язати сторони провести та надати висновок експертної оцінки відповідності результатів будівельних робіт встановленим вимогам. Так, виходячи зі змісту ч. 4 ст. 31 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» обов'язкової експертизі підлягають проекти будівництва об'єктів, які: а) належать до IV і V категорій складності¹, – щодо додержання нормативів з питань

¹ До IV категорії складності законодавець відніс об'єкти будівництва, які мають хоча б одну з таких ознак: 1) розраховані на постійне перебування більш як 300 осіб та (або) періодичне перебування більше 500 осіб; 2) становлять можливу небезпеку для більш як 10000 осіб, які перебувають поза об'єктом; 3) у разі аварії або неможливості (недоцільності) подальшої експлуатації: а) можуть спричинити збитки в обсязі понад 15000 мінімальних розмірів заробітних плат; б) можуть призвести до припинення функціонування об'єктів транспорту, зв'язку, енергетики та інженерних мереж регіонального рівня; в) можуть призвести до втрати об'єктів культурної спадщини місцевого значення.

До V категорії складності законодавець відніс об'єкти будівництва, які мають хоча б одну з таких ознак: 1) є об'єктами підвищеної небезпеки; 2) розраховані на постійне перебування більш як 400 осіб та (або) періодичне перебування понад 1000 осіб; 3) становлять можливу небезпеку для більш як 50000 осіб, які перебувають поза об'єктом; 4) у разі аварії або неможливості (недоцільності) подальшої експлуатації: а) можуть спричинити збитки в обсязі понад 150000 мінімальних розмірів заробітних плат; б) можуть призвести до припинення функціонування об'єктів транспорту, зв'язку, енергетики та інженерних мереж загальнодержавного значення; в) можуть призвести до втрати об'єктів культурної спадщини національного значення.

санітарного та епідеміологічного благополуччя населення, екології, охорони праці, енергозбереження, пожежної, техногенної, ядерної та радіаційної безпеки, міцності, надійності, довговічності будинків і споруд, їх експлуатаційної безпеки та інженерного забезпечення; б) споруджуються на територіях зі складними інженерно-геологічними та техногенними умовами, – в частині міцності, надійності та довговічності будинків і споруд; в) споруджуються із залученням бюджетних коштів, коштів державних і комунальних підприємств, установ та організацій, а також кредитів, наданих під державні гарантії, якщо їх кошторисна вартість перевищує 300 тисяч гривень, – щодо кошторисної частини проектної документації. При цьому експертиза проектів будівництва об'єктів IV і V категорій складності, що споруджуються за рахунок бюджетних коштів, коштів державних і комунальних підприємств, установ та організацій, а також кредитів, наданих під державні гарантії, здійснюється державною експертною організацією. В усіх інших випадках експертиза проводиться експертними організаціями незалежно від порядку заснування, які відповідають критеріям, визначеним центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері містобудування¹.

За підсумками проведеної експертизи уповноважений державний орган чи орган місцевого самоврядування видає висновок про відповідність об'єкта встановленим вимогам або ж висловлює свої зауваження для їх усунення. У випадку висловлення якихось зауважень щодо невідповідності вимогам технічних регламентів чи технічному завданню витрати на проведення додаткових робіт покладаються на сторону, з вини якої вони виникли.

Аналізуючи редакцію статей 883 та 886 ЦК України, що присвячені відповідальності сторін договору будівельного підяду, насамперед зазначимо, що порушення умов договору є тими юридичними фактами, які породжують правовідносини між правопорушником і потерпілим (п. 4 ч. 2 ст. 11 ЦК України) і формують певні вимоги потерпілого до деліквента про відшкодування шкоди, завданої його протиправними діями. Відповідно порушення договору будівельного підяду передбачає дефект виконання при вчиненні (чи утриманні від вчинення) зобов'язаною стороною дій, відповідно до яких має виконуватися підрядне зобов'язання.

¹ Про регулювання містобудівної діяльності : Закон України від 17.02.2011 № 3038-VI. *Відом. Верхов. Ради України*. 2011. №34. Ст. 343.

Аналізуючи елементи складу правопорушення в сфері будівельних відносин, слід відзначити неможливість включення суб'єкта й об'єкта до їх числа, оскільки, відносячи учасників будівельних відносин до елементів складу цивільного правопорушення, може скластись хибне уявлення про можливість їх віднесення до «умов» цивільно-правової відповідальності. Однак умовами цивільно-правової відповідальності є не самі учасники підрядних відносин, а лише їх протиправні шкідливі дії. За іншим же підходом учасників підрядних відносин слід сприймати як елементи складу юридичного факту, тобто складу своїх же власних дій, що не може не викликати заперечення.

У зв'язку з цим у сучасній цивілістичній доктрині поширення набуває підхід до поняття порушення зобов'язання як об'єктивної категорії¹. Цей підхід є доволі цікавим щодо правопорушень у підрядній сфері, оскільки навряд чи доцільно до поняття порушення вводити такі фактори, як суб'єктивна сторона, негативні наслідки порушення та причинний зв'язок, адже вже сам факт суперечності поведінки боржника умовам договору будівельного підряду та відсутності належного виконання є достатнім, щоб констатувати порушення договірних умов. Крім того, це пов'язується з наявністю інших засобів захисту, можливість використання яких прямо не ставиться у залежність від винності боржника чи завдання кредитору збитків².

Стаття 610 ЦК України вирізняє два види порушення договірних зобов'язання: а) невиконання; б) виконання з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання. Розмежування цих видів порушень у доктрині пропонується здійснювати за критерієм характеру порушення зобов'язання: при невиконанні відсутні будь-які ознаки виконання зобов'язання, його взагалі немає; при неналежному виконанні – зобов'язання виконане, проте з порушенням пред'явлених до нього вимог (умов щодо місця, часу, предмета тощо)³. Отже, порушення умов договору будівельного підряду є родовою категорією, що охоплює такі поняття, як невиконання та неналежне виконання такого зобов'язання. Необхідність виділення вказаних складових цього поняття можна по-

¹ Карапетов А. Г. Расторжение нарушенного договора в российском и зарубежном праве. Москва : Статут, 2007. С. 185.

² Ткачук А. Л. Значення вини у відносинах відповідальності за порушення договірних зобов'язань : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2002. С. 199.

³ Луць В. В. Сроки в гражданских правоотношениях. *Правоведение*. 1989. № 1. С. 38.

яснити потребою надати йому чіткий легальний зміст, а саме: під правопорушеннями в сфері будівельного підряду розуміється невиконання чи неналежне виконання сторонами укладеного між ними договору, а також недотримання своїми діями чи/або бездіяльністю норм чинного законодавства України, звичаїв ділового обороту, що призводить до застосування до правопорушника цивільно-правової відповідальності.

Аналізуючи цивільно-правову відповідальність сторін договору будівельного підряду, насамперед слід відмітити, що нині цивільно-правова відповідальність має зберігати своє значення вирішального чинника превентивного правового впливу на поведінку його сторін. Саме у захисті суб'єктивних цивільних прав замовника та підрядника і полягає призначення цивільно-правової відповідальності. Це досягається за допомогою низки матеріально-правових і процесуально-правових гарантій.

Найбільш поширеною формою відповідальності є відшкодування збитків. Слід зазначити, що ЦК і ГК України дещо по-різному підходять до визначення складу збитків. Так, відповідно до ст. 22 ЦК України до збитків належать: втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки); доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода). Натомість ст. 225 ГК України до складу збитків відносить: вартість втраченого, пошкодженого або знищеного майна; додаткові витрати (штрафні санкції, сплачені іншим суб'єктам, вартість додаткових робіт, додатково витрачених матеріалів тощо), понесених стороною, яка зазнала збитків внаслідок порушення зобов'язання другою стороною; неодержаний прибуток (втрачена вигода), на який сторона, яка зазнала збитків, мала право розраховувати у разі належного виконання зобов'язання іншою стороною; матеріальна компенсація моральної шкоди. Тобто поняття збитків, яке міститься у ГК України, ширше за змістом, що створює труднощі в процесі правозастосування та визначення розміру збитків.

Положенням частин 1–2 ст. 883 ЦК України передбачено, що за невиконання або неналежне виконання обов'язків за договором будівельного підряду підрядник сплачує неустойку, встановлену договором або законом, та відшкодовує збитки в повному обсязі. Однак для того,

щоб стягнути з підрядника за договором будівельного підряду завдані замовникові збитки у зв'язку з невиконанням чи неналежним виконанням ним обов'язків, замовник має довести їх наявність і розмір. Збитки визначаються з урахуванням ринкових цін, що існували на день добровільного задоволення боржником вимоги кредитора у місці, де зобов'язання має бути виконане, а якщо вимога не була задоволена добровільно, – у день пред'явлення позову, якщо інше не встановлено договором або законом. При визначенні неодержаних доходів (упущеної вигоди) враховуються заходи, вжиті кредитором щодо їх одержання.

Крім відшкодування збитків, підрядник у договорах будівельного підряду може нести відповідальність у формі неустойки (штрафу, пені). Неустойка виконує як функції виду забезпечення виконання зобов'язання, так і міри (форми) цивільно-правової відповідальності (незалежно від того, передбачена вона умовами договору чи ні).

Крім міри цивільно-правової відповідальності за невиконання або неналежне виконання зобов'язань за договором будівельного підряду можуть застосовуватись інші правові наслідки порушення досліджуваних зобов'язань. У разі порушення зобов'язань за договором будівельного підряду настають правові наслідки, встановлені договором або законом, зокрема: а) припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору; б) зміна умов зобов'язання; в) відшкодування збитків та моральної шкоди.

Наприклад, замовник за договором будівельного підряду наділений такими засобами оперативного впливу на підрядника, як: а) вимагати початку проведення будівельних робіт; б) у будь-який час відмовитись від договору; в) вимагати завершення всіх будівельних чи інших робіт; г) встановлювати додаткові строки виконання робіт; ґ) доручати виконання робіт іншим особам за рахунок підрядника; д) вимагати безоплатного усунення недоліків об'єкта; е) доручати усунення недоліків об'єкта іншим особам за рахунок підрядника; є) вимагати пропорційного зменшення ціни роботи; ж) усувати недоліки за власний рахунок.

Підрядник, у свою чергу, наділений такими засобами оперативного впливу на замовника, як: а) припинити виконання робіт; б) розірвати договір будівельного підряду; в) притримувати результат робіт, устаткування, залишки невикористаного матеріалу чи інше майно за

умови несплати встановленої ціни роботи або іншої суми, належної підряднику у зв'язку з виконанням договору.

Отже, особливостями договорів будівельного підряду є те, що:

- 1) договір виконується відповідно до завдання замовника;
- 2) договір спрямований на виконання тільки тих робіт, завершенням яких є результат, відділений від самої роботи;
- 3) результат робіт має індивідуальний характер;
- 4) роботи за договором виконуються безпосередньо за місцем розташування об'єкта;
- 5) виконання робіт спрямовано на підвищення міцності, стійкості, надійності будівлі і споруди та (або) монтажу обладнання на вказаних об'єктах;
- 6) підрядник зобов'язаний виконати роботу за рахунок своїх коштів, тобто зі свого матеріалу, своїми силами і засобами, якщо інше не передбачено договором;
- 7) робота має бути виконана підрядником на свій ризик, якщо інше не передбачено законом або договором;
- 8) замовник зобов'язаний оплатити підрядникові тільки ту роботу, яка виконана належним чином, тобто добросовісно та у визначений строк, а не будь-яку роботу;
- 9) має місце широке застосування системи генерального підряду;
- 10) розроблена проектно-кошторисна документація;
- 11) існує режим контролю якості робіт та порядок прийняття об'єкта до експлуатації.

4.4. Договір підряду на проведення пошукових та проектних робіт

Глава 61 ЦК України завершується параграфом 4 «Підряд на проектні та пошукові роботи». Перш ніж перейти до розгляду питань, що потребують, на наш погляд, оновлення в межах цього підрозділу, насамперед зазначимо, що ЦК УРСР 1963 р. не містив норм, які б регулювали відносини з проведення такого виду робіт, хоча й самі відносини існували та врегульовувалися за допомогою договору будівельного підряду. Разом із тим у той час на практиці непоодинокими були випадки залучення підрядників на підставі окремого договору на проведення проектних та пошукових робіт, який характеризувався як непойменованій та, відповідно, регулювався загальними положеннями про підряд гл. 28 та нормами гл. 29 ЦК УРСР і лише з 1991 р. знайшов своє відображення в Основах цивільного законодавства.

Недарма в той час в юридичній літературі превалювала позиція, що договір на проведення проектних та пошукових робіт є різновидом договору підряду на капітальне будівництво¹, яка згодом була спростована шляхом виведення відмінних ознак, які свідчать про їх різну правову природу (основна відмінність між цими договорами відображається у тому, що проектні та пошукові роботи завжди передують будівельним. – *В. Г.*)². Як наслідок, видається неможливим застосування норм про будівельний підряд до договорів на проведення проектних та пошукових робіт і, навпаки, як пропонувалося раніше. Однак слід зважати, що в переважній більшості випадків договори на проведення проектних та пошукових робіт все ж використовуються саме у будівництві. І хоча у законодавчому визначенні договору підряду на проектні та пошукові роботи не вказується на застосуванні згаданого договору у будівництві, однак зі змісту ч. 1 ст. 891 ЦК України напрошується такий висновок.

Можливо, саме цим можна пояснити позбавлений логічного зв'язку законодавчий підхід, відображений у ч. 2 ст. 324 ГК України, за яким до відносин, що виникають у процесі виконання проектних та досліджувальних робіт, можуть застосовуватися положення ст. 318 «Договір підряду на капітальне будівництво» ГК України³. На нашу думку, такий законодавчий підхід свідчить про серйозний дисбаланс між положеннями ЦК та ГК України, що ускладнює праворозуміння та з'ясування місця договору на проведення проектних та пошукових робіт у системі договорів, адже до таких відносин повинні застосовуватися загальні положення про підряд, а не спеціальні положення про будівельний підряд. Як приклад застосування загальних положень § 1 п. 61 ЦК України можна навести норми, присвячені правовому регулюванню відносин генерального підрядника і субпідрядника, виконання роботи з матеріалів підрядника та його засобами, розподілу ризиків випадкового знищення або випадкового пошкодження матеріалу, строків виконання робіт тощо.

Відповідно до ч. 1 ст. 887 ЦК України за договором підряду на проведення проектних та пошукових робіт підрядник зобов'язується

¹ Толстой Ю. К. Договоры в социалистическом хозяйстве. Москва, 1964. С. 240.

² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. Москва : Статут, 2007. С. 154.

³ Щербина В. С. Господарське право : підручник. 3-тє вид., перероб. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2007. С. 463.

розробити за завданням замовника проектну або іншу технічну документацію та виконати пошукові роботи, а замовник зобов'язується прийняти та оплатити їх. Із дефініції цього договору відокремлення цих договорів як різновидів договору підряду вбачається у характері робіт і в їх результаті. Тобто ці роботи повинні мати характер проектно-пошукових, а їх результат відображатися у розробленій підрядником проектно-кошторисній та технічній документації. Таким чином, предметом договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт є проектно-кошторисна документація та отримані в результаті робіт дані.

Зважаючи на те, що значення терміна «проект» надзвичайно широко використовується у різних сферах життєдіяльності людства (від математичної сфери і до сфери телерадіомовлення), в цивільно-правовій сфері під ним розуміється цілий комплекс проектно-кошторисної та технічної документації, зміст якої становлять вартісні, техніко-економічні обґрунтування доцільності проведення робіт, креслення, пояснювальні записки, технічні завдання та інші відомості, необхідні для якісного проведення проектних та пошукових робіт.

Крім визначення договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт у ЦК України, поняття цього договору закріплено також і в ГК України, де договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт у ГК України має іншу назву – «договір підряду на проведення проектних і досліджувальних робіт». Більше того, законодавець у самому змісті ГК України допускає термінологічні суперечності, зазначаючи у ч. 2 ст. 317 ГК України про «договір підряду на виконання проектних і досліджувальних робіт», тоді як у ст. 324 цього ж кодифікованого акта про «договір підряду на проведення проектних і досліджувальних робіт»¹. Наслідки таких суперечностей у визначенні цього договору підряду відображаються у матеріалах судової практики, коли суди, вирішуючи спори, часто зазначають одночасно два визначення одного і того самого договору відповідно до ч. 1 ст. 887 ЦК України та ч. 1 ст. 324 ГК України².

¹ Гуцуляк В. К. Договір підряду на проведення пошукових робіт за цивільним законодавством України : монографія. Київ, 2017. С. 32.

² Рішення Господарського суду Волинської області від 01 жовтня 2014 р. у справі №903/870/14 / Єдиний державний реєстр судових рішень, № рішення 40758024; Рішення Господарського суду Одеської області від 21 березня 2013 р. у справі №6/17-3088-2011 / Єдиний державний реєстр судових рішень, № рішення 30170144;

Отже, сьогодні доводиться констатувати наявність істотних відмінностей між дефініцією договору підряду на проектні та пошукові роботи за ЦК України (ст. 887) та (ст. 324) ГК України. Найбільш істотні з них полягають у використанні різної термінології – пошукові роботи – за ЦК України, досліджувальні – за ГК України, закріпленні у ГК України положення про застосування до проектних та досліджувальних робіт ст. 318 ГК України, а також неможливості за положеннями ГК України проведення досліджувальних робіт без проектних, хоча результат пошукових робіт може свідчити про неможливість проведення проектних. Відповідно, доцільно підтримати поширені в юридичній літературі міркування про виключення ст. 324 з канви ГК України як такої, що вносить дисбаланс у правове регулювання відносин з проведення проектних та пошукових робіт¹.

Крім того, детальний аналіз поняття договору на проведення проектних та пошукових робіт за ЦК України дозволяє зробити висновок про недосконалість визначення результату саме пошукових робіт, адже предметом договору на проведення проектних робіт є проектна та інша технічна документація, а пошукових – безпосередньо сама робота, а не її результат. Водночас результатом пошукових робіт є відповідний документ, що містить матеріали в текстовій формі і у вигляді карт (схем), який відображає відомості про пошукові завдання, про місцезнаходження території, на якій планується здійснювати такі роботи, про види, об'єми, способи і строки проведення пошукових робіт, про результати комплексного вивчення природних і техногенних умов зазначеної території, в тому числі про результати вивчення, оцінки та прогнозу можливих змін природних і техногенних умов зазначеної території та повинні містити оцінку впливу виконання інших робіт (будівельних, видобувних тощо) на навколишнє середовище та інші об'єкти, що розміщені поруч.

Постанова Київського апеляційного господарського суду від 10 травня 2012 р. у справі №23/469 / Єдиний державний реєстр судових рішень, №23999601 Дата оновлення : 23.06.2017. URL: <http://reyestr.court.gov.ua> (дата звернення: 15.06.2020).

¹ Скасування Господарського кодексу України: потенційні наслідки та необхідні передумови / Н. С. Кузнецова, О. О. Кот, А. Б. Гриняк, М. Д. Пленок. *Вісн. Нац. акад. прав. наук України* / редкол.: В. Тацій та ін. Харків : Право, 2020. Т. 27, №1. С. 123; Гуцуляк В. К. Договір підряду на проведення пошукових робіт за цивільним законодавством України : монографія. Київ, 2017. С. 59; Діба О. В. Договір підряду на проведення проектних робіт за цивільним законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2018. С. 35.

Крім того, доцільно підтримати зроблені у вітчизняній цивілістиці висновки щодо порушення послідовності виконання таких підрядних робіт, адже пошукові роботи завжди передують проектним, і їх дані є необхідними для проектування конкретного об'єкта будівництва. Виправдати зазначене формулювання назви договору можна хіба що усталеною практикою щодо її використання¹. Як слушно з цього приводу зазначає І. С. Лукасевич-Крутник, аналіз визначення договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт дає підстави вважати, що за цим договором можуть виконуватись: 1) проектні та пошукові роботи; 2) проектні роботи; 3) пошукові роботи².

Дійсно, сьогодні не є новою думка про необхідність відмежування договору на проведення проектних робіт від договору на проведення пошукових робіт. Поширеними на практиці є випадки, коли підрядник, проводячи пошукові роботи, доходить висновку про неможливість проведення, наприклад, у цьому місці будівництва (наявність ґрунтових вод, знахідки, що свідчать про історичну цінність цього місця тощо), відповідно і доцільність розробки проектно-кошторисної та іншої технічної документації втрачає будь-який сенс. Зважаючи на це, за договором підряду на проведення проектних та пошукових робіт можуть проводитися як проектні та пошукові роботи разом одним підрядником, так і пошукові та проектні роботи окремо³.

Аналізуючи вищенаведені точки зору, вважаємо за доцільне розмежувати ці договори на законодавчому рівні шляхом, зважаючи, що пошукові роботи передують проектним, закріплення у ч. 1 ст. 887 ЦК України визначення поняття договору підряду на проведення пошукових робіт, а в ч. 2 ст. 887 ЦК України визначення поняття договору підряду на проведення проектних робіт:

«1. За договором підряду на проведення пошукових робіт підрядник зобов'язується на свій ризик за завданням іншої сторони (замовника) провести пошукові роботи та передати їх результат замовнику, а замовник зобов'язується передати технічне завдання та інші ви-

¹ Цивільне право України : підручник : у 2 кн. / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін. ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. 2-ге вид., перероб. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2005. Кн. 2. С. 219.

² Лукасевич-Крутник І. С. Договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт : монографія. Тернопіль : ВПЦ «Екон. думка ТНЕУ», 2012. С. 26.

³ Діба О. В. Договір підряду на проведення проектних робіт за цивільним законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2018. С. 30.

хідні дані підряднику, прийняти та оплатити результат пошукових робіт.

2. За договором підряду на проведення проектних робіт одна сторона (підрядник) зобов'язується за завданням іншої сторони (замовника) розробити проектно-кошторисну та/або іншу технічну документацію, а замовник зобов'язується передати завдання на проектування та інші вихідні дані підряднику, прийняти та оплатити їх.

3. До договорів підряду на проведення проектних та пошукових робіт застосовуються загальні положення про підряд, якщо інше не встановлено законом».

Отже, особливостями договорів підряду на проведення проектних та пошукових робіт є: 1) характер роботи (пошукові та проектні роботи) та її результату (дані, отримані внаслідок пошукових робіт, та проектно-кошторисна документація); 2) виконання робіт на підставі вихідних даних на проведення пошукових робіт та для проектування; 3) проведення робіт без використання матеріалу¹.

Окремо зупинимося на питанні, пов'язаному зі сферою застосування договорів на проведення проектних та пошукових робіт. Зазначимо, що дискусійність цього питання пов'язана із наявністю двох підходів щодо доцільності / недоцільності зазначення сфери застосування цих договорів. За першим підходом доцільність зазначення сфери застосування обґрунтовується необхідністю обмеження укладення договорів на проведення проектних та пошукових робіт виключно сферою будівництва². З цього приводу у вітчизняній літературі навіть пропонується перейменування § 4 гл. 61 ЦК України на «Підряд на пошукові та (або) проектні роботи для будівництва»³.

За другим підходом, який, на нашу думку, є більш переконливим, пропонується відображення у цивільному законодавстві специфіки пошукових та проектних робіт незалежно від сфери, в якій вони проводяться. Дійсно, на практиці пошукові та проектні роботи проводяться у більшості випадків для цілей будівництва, проте вони не обме-

¹ Окремі види договорів у сучасному законодавстві України : монографія / за заг. ред. О. С. Кізлової, О. С. Кужко, Л. В. Діденко. Одеса : Айс-Принт, 2017. С. 135.

² Гражданское право : учебник в 2 т. / под ред. Е. А. Суханова. Москва : БЕК, 1993. Т. 2. С. 234; Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. Москва : Статут, 2007. С. 152.

³ Лукасевич-Крутник І. С. Договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт : монографія. Тернопіль : ВПЦ «Екон. думка ТНЕУ», 2012. С. 34.

жуються нею. Пошукові роботи, крім будівельної, можуть проводитися й в сфері видобутку корисних копалин, розробці їх родовищ, експлуатації ділянок надр тощо. Так, пошукові роботи вимагають зовсім іншої кваліфікації, ніж будівельні. Хоча законодавець й безпосередньо в § 4 гл. 61 ЦК України не передбачив особливих вимог до виконавця такого роду робіт (наявність ліцензії, спеціальних знань, досвіду роботи тощо), показово, що в підзаконних нормативно-правових актах підрядник іменується також пошукувачем, дослідником. Крім того, пошукові та проектні роботи не завжди призводять до будівництва об'єкта, адже результатом пошукових робіт взагалі може бути висновок про неможливість будівництва.

Виходячи із вищенаведеного, доцільно зазначити, що на законодавчому рівні проектні та пошукові роботи не тільки відрізняються від будівельного підряду за рядом ознак, а й суттєво різняться між собою. Більше того, передбачена у § 4 гл. 61 ЦК України єдина договірна модель для проектних та пошукових робіт саме і сприяє хибним висновкам про зв'язок проектних та пошукових робіт зі сферою будівництва, незважаючи на неможливість ототожнення договорів на проведення проектних та пошукових робіт із договорами будівельного підряду та й самих пошукових і проектних договорів між собою¹.

Як і у будь-якому підрядному договорі сторонами договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт є замовник і підрядник. Законодавець у всій гл. 61 ЦК України для позначення виконавця будь-яких робіт оперує терміном «підрядник».

Разом із тим у цивілістичній літературі трапляється й інше найменування підрядника в досліджуваних договорах – вишукувач² або проектувальник³. Обґрунтовується така позиція тим, що це дасть змогу дізнатись, який вид робіт виконуватиметься за договором без вичення предмета договірного зобов'язання.

Як видається, недоцільність при оновленні ЦК України перейменування в межах § 4 гл. 61 ЦК України підрядника на вишукувача, проектувальника, виконавця тощо позбавлене логічного обґрунтуван-

¹ Гуцуляк В. К. Договір підряду на проведення пошукових робіт за цивільним законодавством України : монографія. Київ, 2017. С. 63.

² Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ : Укр. енцикл., 1998. Т. 5: П – С. 2003. С. 248.

³ Лукасевич-Крутник І. С. Договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт : монографія. Тернопіль : ВПЦ «Екон. думка ТНЕУ», 2012. С. 53.

ня, зважаючи, що: 1) це порушить термінологічну єдність гл. 61 ЦК України, де у всіх видах договорів підрядного типу використовується термін «підрядник», а щодо одного договору зовсім інший термін; 2) сторони в договірному порядку вправі іменувати себе і проектувальником, і вишукувачем, що не лише не заборонено законодавством, а й дозволено ним; 3) щодо можливості дізнатись, які саме роботи виконує підрядник – проектні чи пошукові за найменуванням підрядника проектантом чи вишукувачем, то така інформація міститься у предметі кожного договірного зобов'язання. Відповідно зайве переобтяження цивільного законодавства є недоцільним та таким, що суттєво не впливає на покращення прав сторін за договором підряду на проведення проектних та пошукових робіт.

Від поняття «підрядник» за договором підряду на проведення проектних та пошукових робіт необхідно відрізнити поняття «архітектор». Так, до виконання зобов'язань за договорами на проведення проектних та пошукових робіт можуть залучатись і треті особи, які отримали відповідний кваліфікаційний сертифікат про проходження професійної атестації в сфері розроблення містобудівної документації, архітектурного та інженерно-будівельного проектування, експертизи та обстеження у будівництві, технічного нагляду, інжинірингової діяльності у сфері будівництва, в частині координації дій всіх учасників будівництва¹. Разом із тим такі фізичні особи є виконавцями робіт, що пов'язані зі створенням об'єктів архітектури, однак вони не є підрядниками за договором на проведення проектних та пошукових робіт. Такі особи залучаються суб'єктами підприємництва, які мають відповідні ліцензії на здійснення проектних та пошукових робіт.

Підрядник вправі залучати до проведення пошукових робіт й інших осіб (субпідрядників). Зазначимо, що законодавець у § 4 гл. 61 ЦК України прямо не передбачив можливість залучення для проведення проектних та пошукових робіт субпідрядників. Разом із тим висновок щодо такої можливості підрядника випливає зі змісту ч. 2 ст. 887 ЦК України, в якій передбачено можливість застосування до цих різновидів договорів підряду положень § 1 гл. 61 ЦК України. Тобто вико-

¹ Деякі питання професійної атестації відповідальних виконавців окремих видів робіт (послуг), пов'язаних із створенням об'єктів архітектури : постанова Каб. Міністрів України від 23 трав. 2011 р. № 554. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/554-2011-%D0%BF#Text> (дата звернення: 06.07.2020).

нання окремих етапів робіт за договором на проведення проектних та пошукових робіт може проводитися третіми особами на підставі договорів, укладених підрядником (генеральним підрядником) із субпідрядником.

Разом із тим, виходячи зі змісту ст. 838 ЦК України, ключовою фігурою в зобов'язанні з виконання проектних та пошукових робіт, незважаючи на існування договору субпідряду, залишатиметься генеральний підрядник. Тому цікавою для аналізу видається висловлена в юридичній літературі теза, що поява в підрядних правовідносинах субпідрядника створює нову конфігурацію правових зв'язків, охопити які поняттям традиційного правовідношення неможливо¹. З цього приводу доцільно підтримати зроблений А. Б. Гриняком висновок, що підрядне правовідношення наділене складним комплексним характером, оскільки в ньому складаються самостійні внутрішні правовідносини, що виникають на основі своїх власних юридичних фактів («замовник» – «підрядник»; «замовник» – «генеральний підрядник» – «субпідрядник»; «замовник» – «субпідрядник»)².

Водночас паралельно з ЦК у ст. 319 ГК України також акцентується увага на можливості залучення підрядником для виконання окремих етапів робіт субпідрядників. Виходячи із комплексного аналізу гл. 61 ЦК України та гл. 33 ГК України доцільно констатувати законодавчу колізію у підходах до правового регулювання однорідних правовідносин, а саме: по-перше, у ст. 838 ЦК України закріплено можливість залучення третіх осіб для виконання окремих етапів робіт на типологічному рівні; натомість у ГК України виключно на рівні одного виду – договору підряду на капітальне будівництво; по-друге, законодавець у ЦК України дозволяє залучення субпідрядників до виконання окремих етапів робіт на диспозитивному рівні, в той час, як у ГК України така можливість закріплена в імперативному порядку, що означає неможливість використання положень ст. 319 до інших видів договорів підряду, в тому числі й до досліджуваних нами договорів.

¹ Жилінкова І. Комплексні цивільні правовідносини: поняття, структура, ознаки. *Право України*. 2010. №12. С. 16.

² Гриняк А. Б. Теоретичні засади правового регулювання підрядних зобов'язань у цивільному праві України : монографія. Київ : НДІ приват. права і підприємництва НАПрН України, 2013. С. 163–164.

Другою стороною договорів підряду на проведення проектних та пошукових робіт є замовник. Одразу ж зазначимо, що якихось спеціальних вимог до замовника як сторони досліджуваних договорів підряду законодавець у § 4 гл. 61 ЦК України не визначив. Тому, виходячи із законодавчої дефініції договору підряду, замовником є сторона договору, яка зобов'язується прийняти та оплатити результат виконаних робіт. Такою стороною, виходячи зі змісту ст. 2 ЦК України, можуть бути фізичні та юридичні особи, держава, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, інші суб'єкти публічного права¹. Відповідно й можемо констатувати відсутність будь-яких обмежень щодо участі фізичних осіб на стороні замовника у договорі підряду на проведення проектних та пошукових робіт.

Особливістю договорів підряду на проведення проектних та пошукових робіт є те, що обов'язку підрядника виконати роботу за завданням замовника та передати її результат іншій стороні кореспондує обов'язок замовника прийняти результат такої роботи та оплатити його. У положеннях § 4 гл. 61 ЦК України міститься низка вимог, що конкретизують основний обов'язок підрядника з виконання роботи. Мається на увазі, що підрядник зобов'язаний виконати роботу доброякісно та відповідно до технічного завдання і вихідних даних, на власний ризик, у встановлений строк; погоджувати результати робіт із замовником, а у разі необхідності – також з уповноваженими органами державної влади та органами місцевого самоврядування; повторно використовувати результати робіт лише за згодою підрядника; не передавати їх без згоди замовника іншим особам, гарантувати замовникові відсутність у інших осіб права перешкодити або обмежити виконання робіт на основі підготовлених за договором результатів робіт тощо.

Першим обов'язком підрядника, що закріплений у ст. 887 ЦК України, є обов'язок підрядника якісно провести роботу та передати належної якості результат замовнику. Одразу ж зазначимо, що цей обов'язок підрядника доволі часто уточнюється та конкретизується сторонами в технічному завданні або в тексті договору з посиланням на технічні документи. Вимоги щодо якості проектних та пошукових робіт та їх результату можна поділити на: а) вимоги, які визначені на

¹ Окремі види договорів у сучасному законодавстві України : монографія / за заг. ред. О. С. Кізлової, О. С. Кужко, Л. В. Діденко. Одеса : Айс-Принт, 2017. С. 146.

розсуд сторін (містяться у технічному завданні на проведення робіт, що стають елементом змісту договору з моменту їх прийняття підрядником і конкретизують предмет договору); б) вимоги, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства, в тому числі відповідно до державних будівельних норм, стандартів і правил.

Щодо обов'язку підрядника передати замовнику результати проектних та пошукових робіт слід зазначити, що наведеним обов'язком охоплюється їх підготовка, погодження готової технічної документації із замовником, за необхідності погодження з компетентними державними органами, органами місцевого самоврядування та безпосередньо передача результату таких робіт, що оформлюється актом приймання-передачі.

Разом із тим наведеному обов'язку підрядника кореспондує закріплений у законодавчій дефініції договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт обов'язок замовника прийняти їх результат. Тобто в процесі передачі та прийняття результату робіт беруть участь обидві сторони. Разом із тим такий важливий обов'язок замовника незрозуміло з яких причин упущений законодавцем в переліку обов'язків замовника, що закріплені в ст. 889 ЦК України. Зважаючи на наведене, вважаємо за доцільне закріпити такий обов'язок замовника шляхом доповнення ст. 889 ЦК України таким обов'язком: *«1) прийняти результати проектних та/або пошукових робіт в строки, погоджені сторонами, за умови відсутності відступів від умов договору або інших недоліків»*.

Щодо обов'язку підрядника у разі необхідності погодження готової документації із уповноваженими органами державної влади та органами місцевого самоврядування зауважимо про допущені законодавчі помилки (п. 4 ч. 1 ст. 889 та п. 2 ч. 1 ст. 890 ЦК України), які полягають у закріпленні цього обов'язку виключно для проектанта за договором на проведення проектних робіт. Разом із тим цілком зрозуміло, що такий обов'язок поширюється і на підрядника за договором на проведення пошукових робіт, оскільки, як і замовник повинен перевірити їх відповідність технічному завданню, так і в окремих випадках уповноважені органи державної влади та органи місцевого самоврядування повинні перевірити їх відповідність вимогам технічних регламентів і завданням для проведення пошукових робіт. Зважаючи на це, вважаємо за доцільне уточнити п. 4 ч. 1 ст. 889 та п. 2 ч. 1 ст. 890 ЦК України у таких редакціях:

– п. 4 ч. 1 ст. 889 ЦК України: *«брати участь разом із підрядником у погодженні готової проектно-технічної документації та результатів пошукових робіт із уповноваженими органами державної влади та органами місцевого самоврядування»;*

– п. 2 ч. 1 ст. 890 ЦК України: *«погоджувати готову проектно-кошторисну документацію та результати пошукових робіт із замовником, а в разі необхідності – також із уповноваженими органами державної влади та органами місцевого самоврядування».*

Одним із важливих обов'язків підрядника, що закріплений у ст. 890 ЦК України, є обов'язок не передавати без згоди замовника проектно-кошторисну документацію іншим особам. При буквальному тлумаченні цього положення статті знову доводиться констатувати, що законодавець закріпив лише обов'язок підрядника щодо непередання без згоди замовника проектно-кошторисної документації іншим особам за договором на проведення проектних робіт. Тому констатуємо нагальну потребу у редагуванні і п. 4 ч. 1 ст. 890 ЦК України. Така ж помилка допущена й при покладенні на замовника обов'язку не передавати проектно-кошторисну документацію іншим особам (п. 2 ч. 1 ст. 889 ЦК України).

Одним із обов'язків підрядника, що впливає зі змісту ч. 2 ст. 888 та п. 1 ч. 1 ст. 890 ЦК України, є обов'язок попередити замовника про обставини, що перешкоджають виконанню проектних та пошукових робіт, а також про невідповідність технічної документації замовника та інших вихідних даних вимогам чинного законодавства. Одразу ж зазначимо про відсутність законодавчого закріплення зазначеного обов'язку в ст. 890 ЦК України, тому таку вимогу доцільно закріплювати в договірному порядку.

Підсумовуючи розгляд прав та обов'язків підрядника за договором підряду на проведення проектних та пошукових робіт, слід наголосити на доцільності при оновленні гл. 61 ЦК України редагування ст. 890 ЦК України як такої, що присвячена визначенню обов'язків підрядника за договором підряду на проведення проектних робіт без урахування особливостей досліджуваного нами договору:

«Стаття 890. Обов'язки підрядника

1. Підрядник зобов'язаний:

*1) виконувати роботи відповідно до **технічного завдання** та вихідних даних для проведення проектних **та/або пошукових** робіт та згідно з договором;*

2) погоджувати готову проектно-кошторисну документацію **та/ або результати пошукових робіт** із замовником, а в разі необхідності – також з уповноваженими органами державної влади та органами місцевого самоврядування;

3) передати замовникові готову проектно-кошторисну документацію **та/ або результати пошукових робіт**;

4) повторно використовувати проектно-кошторисну документацію **та/ або результати пошукових робіт** лише за згодою підрядника;

5) не передавати без згоди замовника проектно-кошторисну документацію **та/ або результати пошукових робіт** іншим особам;

6) гарантувати замовникові відсутність у інших осіб права перешкодити або обмежити виконання робіт на основі підготовленої за договором проектно-кошторисної документації **та/ або результатів пошукових робіт**».

Аналізуючи права та обов'язки замовника за договором на проведення проектних та пошукових робіт, насамперед зазначимо, що основними обов'язками замовника є обов'язок передати підрядникові завдання на проведення таких робіт та необхідні для цього вихідні дані, прийняти виконану роботу та оплатити її. Так, відповідно до вимог ст. 888 ЦК України замовник повинен підготувати для підрядника технічне завдання на проектування, а також інші вихідні дані, необхідні для складання проектно-кошторисної документації. На практиці ж поширеними є випадки, коли безпосередньо підрядник залучає архітектора для розроблення проекту. Завданням на проектування є відповідний документ, у якому містяться вимоги замовника до планувальних, архітектурно-інженерних і технологічних рішень та властивостей об'єкта архітектури, його основних параметрів, вартості та організації його будівництва, який складається відповідно до архітектурно-планувального завдання і технічних умов.

Слід відмітити важливість попереднього погодження між сторонами завдання та усіх вихідних даних, оскільки в подальшому проектні та пошукові роботи повинні виконуватися у повній відповідності до тих вимог, які погоджені контрагентами. Відступи від них заборонені, крім випадків їх погодження між контрагентами договору. Згодом же прийняття виконаних проектних та пошукових робіт перевірятимуться замовником на відповідність із завданням, яке ставилось перед підрядником. Зважаючи на це, можемо констатувати, що і завдання на

проведення проектних та пошукових робіт, і вихідні дані для проведення цих робіт формуються та відображаються в єдиному документі – технічному завданні, яке і виступає вихідними даними для проведення таких робіт. Правове значення цього документа відображається в обов'язку підрядника чітко дотримуватись вимог, що містяться в технічному завданні.

Зважаючи на це, а також погоджуючись із висловленою І. С. Лукасевич-Крутник критикою редакції ст. 888 ЦК України як такої, в якій про вихідні дані на проведення пошукових робіт нічого не згадується¹, вважаємо за доцільне запропонувати авторську редакцію цієї статті шляхом виокремлення обов'язку замовника за досліджуваними договорами щодо передання підряднику технічного завдання. Зважаючи на це, пропонуємо ст. 888 ЦК України викласти таким чином:

«Стаття 888. Вихідні дані для проведення проектних та/або пошукових робіт

1. За договором підряду на проведення проектних робіт замовник зобов'язаний передати підрядникові завдання на проектування, а також інші вихідні дані, необхідні для складання проектно-кошторисної документації. Завдання на проектування може бути підготовлене за дорученням замовника підрядником. У цьому разі завдання стає обов'язковим для сторін з моменту його затвердження замовником.

2. За договором підряду на проведення пошукових робіт замовник зобов'язаний передати підрядникові технічне завдання на проведення пошукових робіт. Технічне завдання на проведення пошукових робіт може бути підготовлене за дорученням замовника підрядником. У цьому разі технічне завдання стає обов'язковим для сторін з моменту його затвердження замовником.

3. Підрядник зобов'язаний дотримувати вимог, що містяться у завданні та інших вихідних даних для проектування та технічному завданні на проведення пошукових робіт, і має право відступити від них лише за згодою замовника».

Іншим важливим обов'язком замовника є обов'язок сплатити підрядникові встановлену ціну після завершення усіх робіт чи сплатити її частинами після завершення окремих етапів роботи або ж в іншому порядку, передбаченому договором. Так, замовник зобов'язаний опла-

¹ Лукасевич-Крутник І. С. Договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Львів, 2011. С. 122.

тити роботу підрядника в порядку, установленому договором, а також відшкодувати підряднику додаткові витрати, викликані зміною вихідних даних для виконання робіт внаслідок обставин, що не залежали від підрядника. Так, замовник зобов'язаний відшкодувати підрядникові додаткові витрати, пов'язані зі зміною вихідних даних для проведення проектних та пошукових робіт внаслідок непередбачених обставин. У таких випадках підрядник повинен провести спочатку роботи, розробити нову проектну документацію чи привести існуючу відповідно до змін нових стандартів. Відомо, що усі додаткові роботи підрядника пов'язані із необхідними витратами, тому на замовника покладено обов'язок відшкодувати йому вартість додаткових робіт.

Замовник зобов'язаний також залучати підрядника до участі у справі за позовом, пред'явленим до замовника іншою особою у зв'язку з недоліками складеної проектної документації або виконаних пошукових робіт, оскільки підрядник прямо зацікавлений у можливості взяти безпосередню участь у суперечці між замовником і третьою особою, а також довести, що передана ним документація і дані пошукових робіт не мають недоліків. В той час як незалучення підрядника до участі в справі звільняє його від відповідальності перед замовником, якщо підрядник доведе, що, взявши участь у справі, він міг запобігти стягненню з замовника збитків чи застосуванню до нього інших санкцій, пов'язаних із недоліками проектно-технічної документації чи даних пошукових робіт. І навпаки, підрядник, залучений до участі в справі, але який не з'являвся у судові засідання, позбавляється права доводити слушність ведення справи замовником.

За порушення сторонами взятих договірних умов передбачено цивільно-правову відповідальність, що має майновий характер та проявляється у застосуванні до порушника додаткових майнових обтяжень, розмір яких за загальним правилом повинен відповідати розміру понесених кредитором збитків. Тобто відповідальність проявляється у приєднанні до порушеного обов'язку додаткового обов'язку у такого порушника, за яким він позбавляється майнового блага, не отримуючи взамін іншої компенсації¹.

¹ Пучковська І. Й. Основна функція видів забезпечення виконання зобов'язання – захисна. Актуальні проблеми цивільного, житлового та сімейного законодавства : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 90-річчю з дня народж. д-ра юрид. наук, проф. В. П. Маслова, 16 берез. 2012 р. [редкол.: В. І. Борисова (відп. ред.) та ін.] ; Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». Харків : Право, 2012. С. 213–214.

У рамках договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт порушення договору підрядником може полягати у невиконанні чи неналежному виконанні своїх зобов'язань, що закріплені безпосередньо у договорі, нормативно-правових актах, технічних нормах чи технічному завданні. Натомість порушення замовника полягає у неприйнятті результату робіт, несплаті підрядникові встановленої ціни, розголошенні відомостей, що містять таємницю без згоди підрядника, ненаданні передбачених договором чи законом послуг підрядникові тощо.

Загалом же аналіз змісту § 4 гл. 61 ЦК України дозволяє виокремити такі види порушень умов договорів підряду на проведення проектних та пошукових робіт:

1) порушення, пов'язані з непереданням замовником підряднику технічного завдання та (або) інших вихідних даних (ч. 1 ст. 888 ЦК України);

2) порушення, пов'язані з недодержанням вимог, що містяться у завданні та інших вихідних даних для проведення проектних та пошукових робіт (ч. 2 ст. 888 ЦК України);

3) порушення, пов'язані з непогодженням результатів проектних та пошукових робіт із замовником, а в разі необхідності – з уповноваженими органами державної влади та органами місцевого самоврядування (п. 2 ч. 1 ст. 890 ЦК України);

4) порушення, пов'язані із непереданням чи (або) простроченням передання замовникові результатів проектних та пошукових робіт (п. 3 ч. 1 ст. 890 ЦК України);

5) порушення, пов'язані з переданням без згоди замовника результатів проектних та пошукових робіт іншим особам (п. 4 ч. 1 ст. 890 ЦК України);

6) порушення, пов'язані з неповідомленням замовника про наявність в інших осіб права перешкодити або обмежити виконання наступних (будівельних тощо) робіт на основі переданих за договором результатів проектних та пошукових робіт (п. 5 ч. 1 ст. 890 ЦК України);

7) порушення, пов'язані з ухиленням підрядника від участі у справі за позовом, пред'явленим до замовника іншою особою у зв'язку з недоліками результатів проектних та пошукових робіт (п. 6 ч. 1 ст. 889 ЦК України);

8) порушення, пов'язані з ухиленням замовника від оплати виконаних підрядником робіт після передання їх результату або ж відшкодування підрядникові додаткових витрат, пов'язаних зі зміною вихідних даних для проведення проектних та пошукових робіт внаслідок обставин, що не залежать від підрядника (п. 1 ч. 1 ст. 889, п. 5 ч. 1 ст. 889 ЦК України);

9) порушення, пов'язані з використанням результатів проектних та пошукових робіт для цілей, не передбачених договором (п. 2 ч. 1 ст. 889 ЦК України);

10) порушення, пов'язані з переданням результатів проектних та пошукових робіт іншим особам або ж розголошенням даних, що містяться у них, без згоди підрядника (п. 2 ч. 1 ст. 889 ЦК України);

11) порушення, пов'язані з ненаданням послуг підрядникові у виконанні проектних та пошукових робіт в обсязі та на умовах, встановлених договором (п. 3 ч. 1 ст. 889 ЦК України);

12) порушення, пов'язані з ухиленням замовника від сприяння підрядникові при погодженні результатів проектних та пошукових робіт з уповноваженими органами державної влади та органами місцевого самоврядування (п. 4 ч. 1 ст. 889 ЦК України).

Особливістю регламентації цивільно-правової відповідальності підрядника за неналежне виконання своїх зобов'язань за договорами підряду на проведення проектних та пошукових робіт є відсутність конкретних санкцій у законодавстві України. Так, у § 4 гл. 61 ЦК України цивільно-правовій відповідальності присвячена лише одна стаття, що стосується питань відшкодування збитків виключно за недоліки, допущені підрядником при проведенні проектних та пошукових робіт.

Зі змісту цієї статті випливає, що особливістю відповідальності підрядника є те, що підрядник несе відповідальність після приймання-передачі результатів робіт за договором, у тому числі в ході будівництва, а також у процесі експлуатації об'єкта, створеного на підставі даних проектних та пошукових робіт. При виявленні недоліків у результатах таких робіт підрядник на вимогу замовника зобов'язаний безоплатно здійснити необхідні додаткові роботи, а також відшкодувати замовникові завдані збитки, якщо законом або договором не встановлено інше. Тобто законодавець по-іншому порівняно із загальними положеннями про підряд підходить до вирішення питання про відповідальність підрядника за договорами підряду на проведення

проектних та пошукових робіт. Основна відмінність тут вбачається у тому, що підрядник відповідає як за недоліки результату робіт, виявлені згодом у ході будівництва, так і в процесі експлуатації цього об'єкта у майбутньому, а особливість регламентації цивільно-правової відповідальності підрядника відображається у відсутності конкретних санкцій у § 4 гл. 61 ЦК України¹.

З цього приводу викликає подив закріплений у ч. 2 ст. 891 ЦК України підхід, за яким безоплатне перероблення проектно-кошторисної документації чи здійснення додаткових робіт віднесено до правових наслідків порушення зобов'язання. Тут доцільно наголосити, що такий наслідок не передбачений у загальних положеннях про відповідальність за порушення зобов'язань. Більше того, оскільки сутність цивільно-правової відповідальності полягає у покладенні на боржника певних обтяжень, що проявляються в додатковому обов'язку останнього, слід зауважити, що безоплатне здійснення необхідних додаткових робіт не є додатковим обов'язком підрядника, оскільки тут ідеться про виконання останнім основного зобов'язання належним чином. Тому безоплатне здійснення необхідних додаткових робіт за цими різновидами договору підряду не слід розглядати як форму відповідальності, а положення ч. 2 ст. 891 ЦК України потребує редагування.

Крім того, особливість цивільно-правової відповідальності підрядника відображається також й у можливості її настання після припинення дії договору на проведення проектних та пошукових робіт. Звідси виникає питання про природу таких відносин, адже договірні відносини припинені, однак до підрядника звертаються треті особи чи сам замовник із вимогами про відшкодування збитків. Наведені відносини в європейській правовій доктрині іменуються як постдоговірна відповідальність (*culpa post contractum finitum*), сутність якої зводиться до покладення на колишнього учасника договірних відносин додаткового обов'язку, який він повинен буде виконувати на користь свого колишнього контрагента протягом невизначеного періоду часу, і в разі його порушення він несе цивільно-правову відповідальність².

¹ Гуцуляк В. К. Договір підряду на проведення пошукових робіт за цивільним законодавством України : монографія. Київ, 2017. С. 204.

² Синявская М. С. Вопросы нарушения договора и его последствий в современном французском праве: настоящее положение дел, критика, проект реформы. *Вестник граждан. права.* 2008. №3. С. 49.

Така тривала можливість притягнення до цивільно-правової відповідальності підрядника дозволяє зробити висновок про особливі умови відповідальності останнього за завдані збитки, викликані допущеними недоліками результату пошукових робіт. Зважаючи на наведене, пропонуємо до особливих правовідносин із притягнення підрядника до цивільної відповідальності за завдані збитки, викликані допущеними недоліками результату проектних та пошукових робіт, застосовувати строки позовної давності за аналогією із ч. 3 ст. 322 ГК України, а саме: 10 років – у разі, якщо недоліки не могли бути виявлені у ході будівництва; 30 років – щодо відшкодування збитків, завданих замовникові чи третім особам протиправними діями підрядника, що призвели до руйнувань чи аварій¹.

Не позбавлена недоліків і сама ст. 891 ЦК України, в ч. 1 якої не зрозуміло з яких причин спочатку зазначається про результат проектних робіт, і аж потім про самі пошукові роботи. Водночас далі в цій самій частині законодавець вже оперує терміном «результати пошукових робіт». Не позбавлена термінологічних недоліків і ч. 2 ст. 891 ЦК України, в якій зазначається, що у разі виявлення недоліків у проектно-кошторисній документації або в пошукових роботах підрядник на вимогу замовника зобов'язаний безоплатно переробити проектно-кошторисну документацію або здійснити необхідні додаткові пошукові роботи, а також відшкодувати завдані збитки, якщо інше не встановлено договором або законом.

Крім того, ст. 891 ЦК України присвячена лише відповідальності підрядника за недоліки документації та робіт. З цього слідує висновок, що законодавець залишає на розсуд сторін визначення наслідків інших порушень зобов'язань. Разом із тим окремого закріплення у вищенаведеній статті ЦК України потребує питання відповідальності підрядника за порушення при проведенні проектних та пошукових робіт законодавчих вимог про охорону навколишнього природного середовища та про безпеку проведення таких робіт. На нашу думку, доцільно в межах § 4 гл. 61 ЦК України передбачити відповідальність підрядника за порушення зазначених вимог. Така доцільність аргументується хоча б тим, що характер проектних та пошукових робіт досить часто пов'язаний із безпосереднім вторгненням у природне середовище (вивчення геологічних розрізів, буріння пошукових свердловин,

¹ Гуцуляк В. К. Договір підряду на проведення пошукових робіт за цивільним законодавством України : монографія. Київ, 2017. С. 206.

забір води тощо) або з діяльністю, що пов'язана із небезпекою для оточуючих (вибухові роботи, підземне, підводне буріння тощо). З огляду на це, на нашу думку, слід доповнити ст. 891 ЦК України бланкетною нормою із закріпленням відповідальності підрядника за порушення при проведенні проектних та пошукових робіт законодавчих вимог про охорону навколишнього природного середовища та про безпеку проведення таких робіт.

У § 4 гл. 61 ЦК України також містяться окремі положення, що закріплюють можливість притягнення замовника до цивільно-правової відповідальності за: а) непередання або прострочення передання підрядникові технічних завдань та інших вихідних даних; б) використання результатів пошукових робіт на цілі, не передбачені договором (п. 2 ч. 1 ст. 889 ЦК України); в) передання результатів робіт іншим особам і розголошення даних, що містяться у ній, без згоди підрядника (п. 2 ч. 1 ст. 889 ЦК України); г) ненадання послуг підрядникові при проведенні пошукових робіт в обсязі та на умовах, встановлених договором; ґ) неприйняття участі разом з підрядником у погодженні результатів проектних та пошукових робіт з уповноваженими органами державної влади та органами місцевого самоврядування; д) відмову у відшкодуванні підрядникові додаткових витрат, пов'язаних зі зміною вихідних даних для проведення проектних та пошукових робіт внаслідок обставин, що не залежать від підрядника тощо. Зважаючи на це, вважаємо за доцільне в межах оновлення цього параграфа гл. 61 ЦК України доповнити його статтею, присвяченою механізму відповідальності замовника за допущені порушення договірних зобов'язань.

Такі міркування щодо доцільності доповнення § 4 гл. 61 ЦК України статтею про відповідальність замовника за допущені порушення договірних зобов'язань пояснюються нагальною потребою в усуненні прогалини в правовому регулюванні відносин за цими договорами, адже ЦК України на сьогодні є єдиним нормативно-правовим актом, що має юридичну силу закону, який врегульовує договірні відносини щодо проведення проектних та пошукових робіт¹. Схожий підхід щодо відповідальності замовника за договором будівельного підряду закріплений у ст. 886 ЦК України «Відповідальність замовника».

¹ Лукасевич-Крутник І. С. Договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Львів, 2011. С. 169.

Зважаючи на це, вважаємо за доцільне доповнити § 4 гл. 61 ЦК України статтею 891¹ такого змісту:

«Стаття 891¹. Відповідальність замовника

1. У разі невиконання чи неналежного виконання замовником обов'язків за договором підряду на проведення проектних та (або) пошукових робіт замовник зобов'язаний відшкодувати підряднику завдані цим збитки, якщо не доведе, що порушення договору сталося не з його вини».

Отже, підсумовуючи вищенаведене, пропонуємо визначати договірну відповідальність сторін у зобов'язаннях з проведення проектних та пошукових робіт через сукупність заходів впливу на боржника, що проявляється у застосуванні до останнього додаткових обтяжень, пов'язаних із невиконанням та/або неналежним виконанням ним умов договору, розмір яких відповідає розміру завданих кредитором збитків.

4.5. Договори на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт

Необхідність пріоритетної державної підтримки розвитку науки як джерела економічного зростання та невід'ємної складової національної культури й освіти, створення умов для реалізації інтелектуального потенціалу громадян у сфері наукової та науково-технічної діяльності, цілеспрямована політика в забезпеченні використання досягнень вітчизняної та світової науки й техніки для задоволення соціальних, економічних, культурних та інших потреб зумовлюють прогрес суспільства та суспільний добробут. Незважаючи на значний науково-технічний потенціал, успадкований Україною від СРСР та вагомі досягнення у сфері суднобудування, створення авіакосмічної техніки, приладобудування, інноваційні процеси в Україні не набули достатніх масштабів і не стали суттєвим фактором зростання валового внутрішнього продукту, а науково-технічний потенціал України практично виключений з економічного процесу держави.

Основними недоліками у формуванні національної інноваційної системи є невідповідність корпоративної структури, яка формується

в Україні, вимогам інноваційного розвитку та повільне формування сучасного і масштабного ринку інноваційної продукції, інфраструктури інноваційної діяльності¹. Не покращують ситуацію і фінансові кризи останніх років та відсутність ефективних інструментів розподілу інноваційних ризиків. Звичайно, мінімізувати інноваційні ризики можна за допомогою страхування інноваційних проектів, фінансового посередництва та венчурного підприємництва. Утім, хоча страхуванням ймовірність негативного результату інноваційного проекту значно знижується, але й зростає його вартість. Ще одним негативним моментом, який не набув вирішення у законодавстві, є можливість розриву в часі між моментом заподіяння шкоди та моментом її виявлення. Це може спричинити виникнення суперечок щодо визнання події, яка трапилась, страховим випадком². Можливо, тому страхування і не стало універсальним способом мінімізації інноваційних ризиків. Фінансове посередництво, як і венчурне підприємництво, можуть суттєво знизити ризики, притаманні відносинам інтелектуальної власності, проте за умови належно розробленого правового механізму забезпечення такої діяльності та притягнення до відповідальності її учасників³. Подоланню означених недоліків може сприяти удосконалення правового регулювання науково-технічної діяльності.

Першоджерелом науково-технічного прогресу є наука, без якої прогрес техніки взагалі неможливий. Його основу становить технічна творчість, тобто створення, освоєння й упровадження нової техніки, що неможливе без такої стадії, як науково-дослідна робота. Важлива роль тут належить регулюванню відносин, які складаються в процесі науково-дослідних, дослідно-конструкторських та технологічних робіт. Таке регулювання здійснюється у тому числі й за допомогою договору на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт, передбаченого гл. 62 ЦК України. Втім відносини зі створення й передачі науково-технічної продукції здобули закріплен-

¹ Про Рекомендації парламентських слухань на тему: «Національна інноваційна система України: проблеми формування та реалізації»: Постанова Верхов. Ради України від 27.06.2007 р. № 1244-V. *Відом. Верхов. Ради України*. 2007. № 46. Ст. 525.

² Кондрат І. Ю., Грегораш С. М. Роль страхових компаній у розбудові інноваційної структури в Україні. URL: <http://lib.lp.edu.ua/bitstream/ntb/23585/1/42-274-281.pdf> (дата звернення: 28.12.2017).

³ Великанова М. М. Ризики у відносинах інтелектуальної власності: питання правового управління. *Право і сусп-во*. 2018. № 2. С. 66–71.

ня і в ГК України, зокрема у ст. 331. Відповідно маємо два кодекси (не говорячи про цілу низку законів і підзаконних актів) – ЦК України і ГК України – які охоплюють своїм регулюванням науково-дослідні, дослідно-конструкторські та технологічні роботи. І це здебільшого не на користь таким відносинам. Спробуємо вирішити цю проблему.

Відповідно до ст. 626 ЦК України договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. ГК України не містить визначення поняття господарського договору. Автори Науково-практичного коментаря ГК України визначають господарський договір як засноване на домовленості сторін і зафіксоване у встановленій законом формі зобов'язальне правовідношення між суб'єктами господарювання та негосподарюючими суб'єктами – юридичними особами, змістом якого є взаємні права й обов'язки сторін у сфері господарювання¹. Тлумачення поняття «сфера господарювання» наведено авторами в коментарі до ст. 1 ГК України, із якого можна зробити висновок, що сферою господарювання є певна сфера життєвих, матеріальних відносин у суспільстві, де суб'єкт займається господарською діяльністю, веде господарство, керує ним за власним розсудом².

Згідно зі ст. 3 ГК України під господарською діяльністю розуміється діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність³. Найважливішими ознаками господарської діяльності, за твердженням Г. Л. Знаменського, є: 1) вона здійснюється у сфері суспільного виробництва (і ніяк не у сфері особистого споживання); 2) перебуваючи у сфері суспільного виробництва, яке, у свою чергу, базується на ринкових засадах, ця діяльність спрямована на задоволення приватних інтересів суб'єктів господарювання за умови дотримання ними певних публічних інтересів (тобто господарській діяльності притаманне об'єктивне поєднання приватних і публічних інтересів); 3) вона перш за все пов'язана з тією стороною суспільного

¹ Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / [В. І. Андрейцев, В. Е. Беляневич, О. А. Беляневич та ін.]; за заг. ред. В. К. Мамутова. Київ : Юрінком Інтер, 2004. С. 303.

² Там само. С. 9.

³ Господарський кодекс України : від 16 січ. 2003 р. *Офіц. вісн. України*. 2003. № 11. Ст. 462.

виробництва, у якій здійснюється господарське використання майна; 4) вона є діяльністю, що організує виробництво та використання майна; 5) ця діяльність здійснюється в господарсько-виробничих, організаційно-виробничих та внутрішньогосподарських відносинах; 6) вона здійснюється як із метою одержання прибутку, так і без одержання прибутку¹. Отже, здійснення господарської діяльності породжує виникнення двох видів відносин: а) відносин із безпосереднього господарювання; б) відносин із організації його здійснення.

У ст. 2 ГК України зазначено, що учасниками відносин у сфері господарювання є суб'єкти господарювання, споживачі, органи державної влади та органи місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією, а також громадяни, громадські та інші організації, які виступають засновниками суб'єктів господарювання чи здійснюють щодо них організаційно-господарські повноваження на основі відносин власності. Органи державної влади, органи місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією, громадяни, громадські та інші організації, які виступають засновниками суб'єктів господарювання чи здійснюють щодо них організаційно-господарські повноваження на основі відносин власності О. П. Віхров та С. О. Віхров називають суб'єктами організаційно-господарських повноважень². При цьому характерною ознакою таких суб'єктів, на думку дослідників, є те, що вони здійснюють зазначені повноваження безпосередньо щодо суб'єктів господарювання та наділені відповідною господарською компетенцією³.

Суб'єктами господарювання відповідно до ст. 55 ГК України є учасники господарських відносин, які здійснюють господарську діяльність, реалізуючи господарську компетенцію (сукупність господарських прав та обов'язків), мають відкремлене майно й несуть відповідальність за своїми зобов'язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством (наприклад, ч. 1 ст. 8 ГК України).

Таким чином, термін «учасники відносин у сфері господарювання» є ширшим за термін «суб'єкт господарювання», оскільки до учасників

¹ Знаменський Г. Ще раз про предмет господарського права. *Вісн. Акад. прав. наук України*. 2003. № 2–3 (33–34). С. 572.

² Віхров О. Суб'єкти організаційно-господарських повноважень як учасники відносин у сфері господарювання / О. Віхров, С. Віхров. *Підприємництво, госп-во і право*. 2006. № 12. С. 124.

³ Там само. С. 121.

відносин у сфері господарювання належать як суб'єкти господарювання, так і суб'єкти організаційно-господарських повноважень. Тому для класифікації договору як господарсько-правового необхідно, щоб на боці хоча б однієї сторони за договором виступав суб'єкт господарювання.

Водночас цивільно-правовий договір не обмежений ні сферою дії, ні актами законодавства, крім випадків, передбачених у ст. 6 ЦК України, ні суб'єктним складом, ні іншими обставинами, на що вказує ст. 627 ЦК України, де зазначається, що сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог ЦК України, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Натомість господарським має визнаватися договір, який, по-перше, укладений між суб'єктами господарювання або між суб'єктами господарювання й негосподарюючими суб'єктами – юридичними особами (тобто встановлюється спеціальний суб'єкт зобов'язальних правовідносин) і, по-друге, змістом якого будуть взаємні права й обов'язки сторін у сфері господарювання.

Крім того, відповідно до ч. 2 ст. 175 ГК України майнові зобов'язання, які виникають між учасниками господарських відносин, регулюються ЦК України з урахуванням особливостей, передбачених ГК України. Це створює основу для регулювання господарських відносин тими ж цивільними нормами, які застосовуються до будь-яких цивільних правовідносин.

Вищезазначене дає можливість зробити висновок, що господарський договір співвідноситься із цивільно-правовим як видове та родове поняття, на чому й наголошується в науковій літературі¹.

Відповідно виникає логічне питання: нормами якого законодавства мають опосередковуватися відносини, що виникають при виконанні науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт? Спробуємо дати відповідь на це питання.

ЦК України, як зазначалося, містить гл. 62, де в ст. 892 визначено, що за договором на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт підрядник (виконавець) зобов'язується провести за завданням замовника наукові дослідження, розробити

¹ Потопальський С. С. Проблеми правового регулювання недійсності договорів за законодавством України. *Вісн. господар. судочинства*. 2005. № 6. С. 160.

зразок нового виробу та конструкторську документацію на нього, нову технологію тощо, а замовник зобов'язується прийняти виконану роботу та оплатити її.

Як видно, договором на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт охоплюється два типи договорів – договір на виконання науково-дослідних робіт та договір на виконання дослідно-конструкторських і технологічних робіт. Неодноразово в спеціальній юридичній літературі наголошувалося на спільності цих договорів за юридичною природою¹. Вони дійсно опосередковують пов'язані й однорідні за своїм змістом відносини. По-перше, обидва ці договори мають творчий характер. По-друге, на однаковість юридичної природи цих договорів указує також і спільність методів та складових елементів процесу їх виконання, спільність нормативного регулювання питань, пов'язаних із виконанням робіт (задача-прийняття робіт, оплата робіт тощо). По-третє, у деяких випадках науково-дослідні та, наприклад, конструкторські роботи можуть бути взаємопов'язані, тобто робота може розпочатися проведенням науково-дослідних робіт, а завершитися створенням дослідного зразка або технічної документації. Оскільки дослідно-конструкторські та технологічні роботи дуже схожі між собою за завданнями, етапами, методами, складовими елементами процесу їх виконання, то вони мають спільне нормативне регулювання.

Поряд із цим повне ототожнення цих договорів було б необґрунтованим через низку причин.

Науково-дослідні роботи мають за мету вирішення теоретичних проблем, проведення досліджень у певних галузях науки й техніки, теоретичну розробку самої можливості створення нових механізмів, зразків, машин тощо. Натомість проведення наукових робіт не переслідує мети створення матеріального зразка. Достатнім результатом науково-дослідних робіт є будь-який результат (позитивний чи негативний), який одержано внаслідок виконання обумовленого договором завдання. Саме тому при виконанні науково-дослідних робіт допуска-

¹ Бараш Я. Б. Договоры на выполнение научно-исследовательских и конструкторских работ. Москва : Госюриздат, 1962. С. 8. Бурмистров В. Л. Договоры на выполнение научно-исследовательских и конструкторских работ : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1965. С. 4. Ринг М. П. Договоры на научно-исследовательские и конструкторские работы. Москва : Юрид. лит., 1967. С. 12.

ється можливість одержання в окремих випадках негативних результатів, оскільки цілком імовірно, що проведені дослідження покажуть неможливість вирішення поставленої проблеми або створення нового виробу, що відповідає певним технічним вимогам. Як було наголошено Я. Б. Барашем, науково-технічний звіт, що обґрунтовує неможливість вирішення того або іншого завдання, можна розглядати, власне кажучи, як позитивний результат виконаної роботи¹.

Конструкторські роботи полягають у створенні дослідного зразка, в проектуванні, конструюванні, і створення матеріального зразка є головною метою цих робіт. Технологічні роботи є комплексом дослідних, конструкторських та проектних робіт, мета яких – створення результату інтелектуальної діяльності, сукупності систематизованих наукових знань, технічних, організаційних та інших рішень про перелік, строк, порядок та послідовність виконання операцій, процесу виробництва та/або реалізації й зберігання продукції, надання послуг.

За договором на виконання науково-дослідних робіт виконавець, як правило, не може залучати до виконання договору третіх осіб, якщо це не передбачено в самому договорі. У договорі на виконання дослідно-конструкторських та технологічних робіт навпаки – виконавець має право залучати до їх виконання третіх осіб, якщо інше не передбачено умовами договору. Саме тому замовники та виконавці повинні враховувати специфіку кожного з цих видів робіт як при укладенні вказаних договорів, так і при їх виконанні.

Як же співвідноситься договір на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт із договором на створення й передачу науково-технічної продукції, що передбачений ст. 331 ГК України? Відповідно до ч. 1 ст. 331 ГК України, за договором на створення й передачу науково-технічної продукції, одна сторона (виконавець) зобов'язується виконати зумовлені завданням другої сторони (замовника) науково-дослідні та дослідно-конструкторські роботи, а замовник зобов'язується прийняти виконані роботи (продукцію) й оплатити їх.

Аналіз гл. 34 ГК України, серед норм якої розташована норма про договір на створення й передачу науково-технічної продукції, дає підставу зробити висновок, що цей договір є основним серед господар-

¹ Бараш Я. Б. Договори на выполнение научно-исследовательских и конструкторских работ. Москва : Госюриздат, 1962. С. 7.

ських договорів, що забезпечує отримання інноваційного продукту в результаті здійснення інноваційної діяльності.

Відповідно до ст. 325 ГК України інноваційною діяльністю у сфері господарювання є діяльність учасників господарських відносин, що здійснюється на основі реалізації інвестицій із метою виконання довгострокових науково-технічних програм із тривалими строками окупності витрат і впровадження нових науково-технічних досягнень у виробництво та інші сфери суспільного життя. Згідно з абз. 4 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про інноваційну діяльність»¹ інноваційним продуктом є результат науково-дослідної і (або) дослідно-конструкторської роботи, що відповідає вимогам, установленим цим Законом. Відповідно до цього результатом науково-дослідних та дослідно-конструкторських робіт, які виконуються за договором на створення та передачу науково-технічної продукції, має бути інноваційний продукт, який відповідає вимогам, установленим ст. 14 Закону України «Про інноваційну діяльність». А у цій статті по суті йдеться про об'єкт інтелектуальної власності.

Предмет договору на створення й передачу науково-технічної продукції становлять завершені науково-дослідні, проектні, конструкторські, технологічні роботи та послуги, а також створення дослідних зразків або партій виробів, необхідних для проведення науково-дослідних або дослідно-конструкторських робіт згідно з установленими вимогами.

Предметом договору на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт є науково-дослідні, дослідно-конструкторські та технологічні роботи та їх результати. Проектні роботи відповідно до ст. 887 ЦК України є предметом договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт. Поряд із тим, що окремі науково-дослідні, дослідно-конструкторські та технологічні роботи не можуть бути здійснені без такої стадії, як проектування, виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт містить інші стадії, які є не менш важливими для завершення таких робіт.

Загалом аналіз гл. 62 ЦК України та ст. 331 ГК України дає підставу стверджувати про схожість предметів договору на виконання

¹ Про інноваційну діяльність : Закон України від 04.07.2002 № 40-IV. *Відом. Верхов. Ради України*. 2002. №36. Ст. 266.

науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт та договору на створення й передачу науково-технічної продукції, хоча й існує термінологічна суперечність між ЦК України та ГК України щодо назви договору. На такі суперечності вказують В. В. Посполітак та Р. Ю. Ханик-Посполітак, аналізуючи наявні суперечності та неузгодженості між ЦК України та ГК України, на основі чого роблять висновок про доцільність об'єднання норм ГК України щодо створення й передачі науково-технічної продукції з відповідними нормами ЦК України¹. Варто підтримати цю позицію, виходячи із такого.

Зараз досить активно точиться дискусія між ученими цивілістами та господарниками щодо рекодифікації цивільного законодавства та доцільності скасування ГК України. Висловлюються різні точки зору та й сама дискусія є доволі гострою. Втім сама необхідність рекодифікації не викликає заперечень. Зокрема, суддя Верховного Суду С. О. Погрібний у доповіді на III Харківському міжнародному юридичному форумі, що відбувся 24–28 вересня 2019 р., зазначив, що виникла необхідність усунення певних прогалин, суперечностей або виправлення недоліків ЦК України. У процесі оновлення цивільного законодавства необхідно визначити, які положення є ефективними та передбачають застосування дієвих засобів регулювання цивільних відносин, а які потребують удосконалення та узгодження їх із сучасними стандартами в регулюванні цивільних відносин у світі². При цьому, як зазначають Є. О. Харитонов та О. І. Харитонова, рекодифікація, будучи найбільш поширеним прийомом модернізації законодавства, дозволяє ефективно удосконалювати чинне законодавство на підґрунті чинної концепції правового регулювання³.

Тривалий час (з моменту прийняття ЦК України і ГК України в 2003 р.) на практиці існує проблема правильного застосування норм цих кодексів, про що неодноразово зазначалося як у наукових публіка-

¹ Посполітак В. В., Ханик-Посполітак Р. Ю. Аналіз наявних суперечностей та неузгодженостей між Цивільним та Господарським кодексами України. Київ : Реферат, 2005. С. 202–207.

² Про рекодифікацію цивільного права, медіацію та мирову угоду говорили судді КЦС ВС на юридичному форумі у Харкові. Верховний Суд. 03.10.2019 р. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/793713/> (дата звернення: 06.07.2020).

³ Харитонов Є. О., Харитонова О. І. Рекодифікації цивільного законодавства в контексті інтеграції України у правовий простір ЄС. *Часопис цивілістики*. 2019. Вип. 34. С. 6–7.

ціях, так і на конференціях, форумах, круглих столах тощо. Зокрема, Н. С. Кузнєцова та А. С. Довгерт зазначають: «...сотні норм приватного права ГК мають інший зміст і термінологічне оформлення, ніж розроблені для аналогічних ситуацій положення ЦК України. Суди намагалися вийти із цієї «патової» ситуації у різний спосіб. В одних випадках вони керувалися принципом співвідношення загального і спеціального акта. Причому ЦК України вважали загальним, а ГК – спеціальним актом. В інших випадках “спеціальність” ГК ставилася під сумнів і розмежування між кодексами пропонувалося вирішувати у площині конкуренції окремих норм цих кодексів. Йдеться про те, що в ЦК України і ГК України містяться як загальні, так і спеціальні норми. Але, на наш погляд, рацію мають ті судді і дослідники, які, керуючись положенням про те, що ЦК України є основним актом цивільного законодавства, віддають перевагу нормам ЦК України майже у всіх випадках колізій з нормами ГК України»¹.

На думку І. В. Спасибо-Фатєєвої, якщо виходити з оцінки ЦК України як акумулятора всіх норм, розосереджених сьогодні не тільки в діючих ЦК України та ГК України, але і в Сімейному, Житловому і Земельному кодексах, можна досягти високого, «купольного» рівня регулювання всіх цивільних відносин, оскільки під куполом цього регулятора будуть зібрані воедино всі норми, що регулюють їх об'єкти, суб'єкти, їх права та обов'язки в різних сферах – підприємницькій, сімейній, земельній, житловій та ін. Це дозволить припинити дубляж у регулюванні й усунути колізії. І якщо таке рішення буде прийнято, тоді важливо визначитися з основними поняттями, врегульованими в ЦК України, які не підлягають зміні у спеціальному законодавстві².

Переслідуючи мету гармонізації та уніфікації приватноправового регулювання та погоджуючись із Н. С. Кузнєцовой та А. С. Довгертом у тому, що при встановленні особливостей цивільних відносин, які виникають у сфері господарювання, не можуть порушуватися загаль-

¹ Кузнєцова Н. С., Довгерт А. С. Сучасне цивільне законодавство України: здобутки, проблеми, перспективи. *Вісн. Півден. регіон. центру Нац. акад. прав. наук України*. 2014. №1. С. 58.

² Спасибо-Фатєєва І. В. З приводу концепції щодо модернізації Цивільного кодексу України (рекодифікації). *Судеб.-юрид. газ.* 2019. URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/157375-z-privodu-kontseptsiyi-schodo-modernizatsiyyi-tsivilnogo-kodeksu-ukrayini-rekodifikatsiyyi> (дата звернення: 06.07.2020).

ні засади цивільного законодавства чи викривлятися основні категорії приватного права, видається доцільним скасування ст. 331 ГК України задля усунення дублювання відповідних положень щодо договорів на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт у ЦК України та ГК України.

У процесі визначення місця договорів на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт у системі цивільно-правових договорів їх дуже часто також пов'язують за юридичною природою з підрядними договорами¹. Причому одні автори вважають ці договори різновидом підрядних², інші – лише відносять їх до групи підрядних договорів³. У ЦК України норми, які регулюють правовідносини з виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт (гл. 62), знаходяться серед положень про договори підрядного типу.

Загалом договори на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт пов'язує з договорами підряду те, що вони спрямовані на досягнення результату, відокремленого від роботи. Саме для досягнення цього результату сторони укладають договір на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт, оскільки замовників цікавить все ж таки результат робіт, нехай навіть негативний, а не роботи як такі⁴. Втім не можна розглядати договори підряду та договори на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт як родові та видові поняття, бо це може призвести до неправильного

¹ Панфилов Е. А. Гражданскоправовое регулирование деятельности государственных проектных организаций : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1964. С. 10–11; Рассудовский В. А. Договор на выполнение проектных и изыскательских работ в капитальном строительстве. Москва : Изд-во АН СССР, 1963. С. 156–159; Приблуда А. С. Договор на опытно-конструкторские работы. *Совет. государство и право*. 1958. № 1. С. 26; Бараш Я. Б. Договоры на выполнение научно-исследовательских и конструкторских работ. Москва : Госюриздат, 1962. С. 14.

² Панфилов Е. А. Гражданскоправовое регулирование деятельности государственных проектных организаций : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1964. С. 10–11; Рассудовский В. А. Договор на выполнение проектных и изыскательских работ в капитальном строительстве. Москва : Изд-во АН СССР, 1963. С. 156–159.

³ Приблуда А. С. Договор на опытно-конструкторские работы. *Совет. государство и право*. 1958. № 1. С. 26; Бараш Я. Б. Договоры на выполнение научно-исследовательских и конструкторских работ. Москва : Госюриздат, 1962. С. 14.

⁴ Гражданское право : учебник [Е. Ю. Валявина, Н. П. Василевская, Н. Д. Егоров и др.] ; под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Москва : Проспект, 1997. Ч. 2. С. 365.

застосування норм права до відносин, що виникають із вказаних договорів, оскільки договори на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт мають низку ознак, що відрізняють їх від договорів підряду.

По-перше, об'єктом підрядного договору є створення нової або переробка (обробка) існуючої речі чи виконання іншої подібної роботи, у той час як за договором на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт об'єктом є результат наукових досліджень або розробка конструкції нового виробу, нової технології тощо, тобто результат інтелектуальної творчості.

По-друге, результатом договору підрядного типу є створення чи переробка матеріальної речі, а результатом договорів на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт, який за своєю суттю є результатом творчості, може бути й нематеріальний об'єкт. Саме ця ознака наближає договори на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт до договорів про створення та використання результатів інтелектуальної діяльності (ліцензійних, франчайзингу тощо).

По-третє, відмінність між договорами підрядного типу та договорами на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт полягає в тому, що в договорах підрядного типу ризик випадкової загибелі предмета підряду або неможливості закінчення роботи несе підрядник, а в договорах на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт ризик неможливості досягнення результату цих робіт покладається на замовника. Тут береться до уваги творчий характер робіт, під час виконання яких не завжди можна гарантувати успіх. Такий ризик перебуває у сфері впливу замовника. Тобто притаманні науково-дослідній діяльності елементи пошуків та виконання її на замовлення можуть виявити неможливість досягнення бажаного для замовника результату. Це зумовлено тим, що виконавець і замовник керуються не стільки певними технічними умовами, зразками, скільки досягнутими в певній галузі техніки параметрами виробів – надійністю, швидкістю, потужністю, запасом відповідних наукових знань тощо. Тому показники рівня майбутніх результатів такої діяльності мають елемент невизначеності. У зв'язку з цим п. 6 ч. 1 ст. 897 ЦК України покладає на виконавця обов'язок негайно інформувати замовника про виявлену не-

можливість одержати очікувані результати або недоцільність продовжувати роботу. І вже замовник приймає рішення, доцільно чи ні виконавцеві продовжувати пошуки на тих умовах, що визначені ним (замовником) у завданні для проведення науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт. І оскільки неможливість отримання результату зумовлена об'єктивно неповнотою або неточністю інформації, недоліками, які виходять із відомих та існуючих теоретичних положень і містяться у технічному завданні, що видається замовником виконавцеві, то й ризик неможливості отримання бажаного результату також несе замовник. Адже продовження такої роботи, нехай навіть із застереженнями виконавця про можливість недосягнення бажаного результату, може зумовлюватись бажанням замовника знайти нові шляхи вирішення певної проблеми, використовуючи всі наявні можливості. Тобто в основі такого розподілу ризику лежить визнання правила найбільших зусиль, а не гарантованого надання корисного результату робіт. І в цьому є прояв справедливості та економічної ефективності, адже саме замовником встановлюються певні вимоги до майбутнього результату, який і буде ним використовуватися¹.

По-четверте, жоден договір на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт не може бути здійснений без науково-технічних передумов, у той час як договір підряду таких передумов не знає. Орієнтовне (можливе) визначення вартості робіт, порядок здачі-прийняття й оплати робіт із окремих етапів досліджень і конструювання несуть на собі відбиток такої специфіки, яка не властива договорів підряду.

Таким чином, різниця між підрядом і науково-дослідними або дослідно-конструкторськими та технологічними роботами лежить не у сфері відокремленості (невідокремленості) результату робіт, а в характері роботи й відокремленого результату². А тому не можна погодитися з авторами, які вважають, що відмінність договору на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт від договору підряду полягає в його спрямованості на виконання робіт як таких. Таке твердження наближає договори на виконання на-

¹ Великанова М. М. Ризики в цивільному праві : монографія. Київ : Алерта, 2019. С. 267–268.

² Романец Ю. В. Система договорів в гражданском праве России. Москва : Юристъ, 2001. С. 393.

уково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт до договорів із надання послуг. Наприклад, договір на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт утримує в собі окремі елементи договору поставки, адже виконавець здійснює не тільки розробку дослідних зразків, а й відвантажує їх на адресу замовника.

Поряд із цим для практики не менше значення має відмежування вказаних договорів від договору поставки продукції в порядку дослідної партії, оскільки вони дуже часто опосередковують пов'язані між собою відносини. Необхідно зауважити, що вказані договори мають різну юридичну природу, тому що найважливішою ознакою договору поставки є передача у власність, повне господарське відання чи оперативне управління певної продукції, а для договорів на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт першочерговим завданням є саме виконання роботи та отримання результатів, а передача їх замовнику є лише одним із етапів. Більше того, значення при відправці мають саме результати роботи, а не відправка сама по собі¹. У зв'язку з цим варто погодитися з Г. А. Осетинською, що критерієм розмежування схожих правовідносин є діяльність і результат діяльності, який вона називає характером діяльності².

Результати, отримані під час виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт, за своєю суттю є творчими. Ці творчі результати можуть виражатися у творах науки та інших об'єктах технічної творчості: винаходах, корисних моделях, промислових зразках, знаках для товарів і послуг, інших атрибутах комерційного характеру тощо. Такі результати є об'єктами права інтелектуальної власності. Тому логічно виникає питання про співвідношення договорів на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт із договорами на створення та використання результатів інтелектуальної власності. Спробуємо вказати на відмінні риси договору на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт від схожих на

¹ Ринг М. П. Договоры на научно-исследовательские и конструкторские работы. Москва : Юрид. лит., 1967. С. 20.

² Осетинська Г. А. Проблеми визначення класифікаційних критеріїв відмежування зобов'язань з надання послуг та поділу їх на види. *Вісн. господар. судочинства*. 2004. № 2. С. 253.

перший погляд договорів, таких як договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності, ліцензійні договори, договори комерційної концесії (франчайзингу), авторські договори.

Договори на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт є найбільш поширеним способом створення об'єктів промислової власності, на чому наголошувалося в юридичній літературі¹. Уперше ЦК України врегульовано відносини зі створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності. Згідно зі ст. 1112 ЦК України за договором про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності одна сторона (творець – письменник, художник тощо) зобов'язується створити об'єкт права інтелектуальної власності відповідно до вимог другої сторони (замовника) та в установлений строк.

Договори на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт відрізняються від договорів про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності перш за все за метою та предметом. Метою договору про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності завжди є створення патентоздатного об'єкта, у той час як договір на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт такої мети не ставить. Тому предметом договору на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт можуть бути будь-які результати, що отримані в процесі їх виконання, у той час як предметом договору про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності є такий результат, який містить ознаки об'єкта інтелектуальної власності. Тобто для того, щоб той чи інший результат науково-технічної творчості був визнаний об'єктом права інтелектуальної власності, він має відповідати умовам охороноздатності, які встановлені законом, а також пройти обов'язкову, установлену законом перевірку. Результати технічної творчості, які з певних причин не потрапили під правову охорону, не визнаються об'єктами права інтелектуальної власності. Тому такі результати не

¹ Право інтелектуальної власності : підруч. для студ. вищ. навч. закл. [О. А. Підпригора, О. Б. Бутнік-Сіверський, В. С. Дроб'язко та ін.] ; за ред. О. А. Підпригори, О. Д. Святоцького. Київ : Ін Юре, 2002. С. 381.

будуть визнаватися належним виконанням договору про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності. У результаті виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт за однойменним договором не завжди може створюватися об'єкт інтелектуальної власності, але договір буде визнаватися належно виконаним.

Істотними умовами договору про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності є предмет, строк, у який має бути створений об'єкт інтелектуальної власності, обсяг прав на об'єкт при його використанні замовником, спосіб та умови використання об'єкта замовником, розмір та порядок виплати авторської винагороди. Істотними умовами договору на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт є предмет, ціна та строк виконання робіт.

Крім того, за договором на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт допускається отримання негативного результату. Тому в разі випадкової неможливості виконання договору на виконання науково-дослідних робіт замовник має оплатити виконану роботу, а в разі випадкової неможливості виконання договору на виконання дослідно-конструкторських та технологічних робіт – замовник оплачує лише витрати виконавця. Негативний результат, отриманий при виконанні договору на створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності, буде визнаватися неналежним виконанням договору. Оплата робіт за таким договором буде залежати від наявності чи відсутності вини їх виконавця в отриманні такого результату, але в будь-якому випадку не повинна перевищувати його витрат.

Відмінність договору на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт від ліцензійного договору полягає в такому.

Згідно зі ст. 1109 ЦК України ліцензійний договір визначається як консенсуальна двостороння угода, за якою одна особа (ліцензіар) надає другій стороні (ліцензіату) дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності (ліцензію) на умовах, визначених за взаємною згодою сторін. В. М. Крижна запропонувала визначення ліцензійного договору, як такого, за яким патентовласник (ліцензіар) зобов'язується надати іншій особі (ліцензіату) право на використання об'єкта про-

мислової власності, а ліцензіат зобов'язується виплачувати винагороду й виконувати інші дії, передбачені договором¹. Аналізуючи визначення понять досліджуваних договорів, можна стверджувати, що ліцензійні договори не регулюють саме проведення робіт щодо створення об'єкта інтелектуальної власності, у той час як договори на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт передбачають таке регулювання.

Крім того, виконання договорів на проведення науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт здійснюється за замовленням, а ліцензійні договори укладаються на вже створений об'єкт інтелектуальної власності.

У ліцензійному договорі визначається вид ліцензії на право використання об'єктів інтелектуальної власності, які можуть бути у формі простої невиключної, одиначної або виключної ліцензії. За загальним правилом ст. 1109 ЦК України за ліцензійним договором надається невиключна ліцензія, якщо інше не встановлено ліцензійним договором, яка передбачає залишення за ліцензіаром права на використання цього самого об'єкта та видачі ліцензії на право використання його іншим особам у сфері, що обмежена цією ліцензією. Це відмінна риса, яка відрізняє ліцензійні договори від договорів на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт, оскільки, за загальним правилом, виконавець не має права використовувати результати таких робіт для власних потреб, якщо інше не передбачено договором.

Результат науково-дослідних, дослідно-конструкторських та технологічних робіт не завжди є об'єктом інтелектуальної власності, у той час як предметом ліцензійних договорів можуть бути тільки права на об'єкт інтелектуальної власності. Причому предметом ліцензійного договору не можуть бути права на використання об'єктів інтелектуальної власності, які на момент укладення договору не були чинними².

Щодо договорів комерційної концесії (франчайзингу), то згідно зі ст. 1115 ЦК України за договором комерційної концесії одна сторона

¹ Крижна В. М. Ліцензійний договір – правова форма реалізації патентних прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право». Харків, 1999. С. 9.

² Луць В. В., Великанова М. М. Договори в Цивільному праві України : навч. посіб. Київ : Юрінком Інтер, 2016. С. 228.

(правоволоділець) зобов'язується надати другій стороні (користувачеві) за плату право користування відповідно до її вимог комплексом належних цій стороні прав із метою виготовлення та (або) продажу певного виду товару та (або) надання послуг.

Г. В. Цірат визначає договір франчайзингу як правочин, за яким одна сторона, франшизіар, надає в обмін на пряму або опосередковану фінансову винагороду іншій стороні, франшизіату, право користуватися франшизою¹. Аналізуючи ознаки франчайзингу, І. І. Килимник доходить висновку, що договір франчайзингу як правова форма опосередковує інвестиційні відносини між франчайзером – інвестором і франчайзі – реципієнтом інвестицій, суттю яких є залучення в підприємницький оборот об'єктів інтелектуальної власності насамперед засобів індивідуалізації франчайзера, а саме фірмового найменування та/або торговельних марок, а також конкурентноздатної системи організації певного виду підприємницької діяльності (комерційної таємниці)².

На наш погляд, поєднувати договори комерційної концесії (франчайзингу) та договори на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт може те, що і в договорі франчайзингу, і в договорах на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт одна сторона (правоволоділець, виконавець) зобов'язана передати іншій (користувачу, замовнику) технічну та комерційну документацію, надати іншу інформацію, необхідну користувачеві, замовнику для здійснення прав, передбачених указаними договорами, а також надавати консультації, пов'язані з цими питаннями.

Проте договори франчайзингу, як і ліцензійні договори, не регулюють сам процес проведення робіт із розробки технічної та комерційної документації, у той час як договори на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт передбачають таке регулювання. Як ліцензійні договори укладаються на вже створений об'єкт інтелектуальної власності, так договори комерційної концесії також укладаються на вже готову технічну та комерційну документацію, іншу інформацію, яка необхідна користувачеві для здійснен-

¹ Цірат Г. В. Договори франчайзингу : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2003. С. 5.

² Килимник І. І. Особливості правового регулювання договору комерційної концесії (франчайзингу) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2003. С. 10.

ня прав, наданих йому договором комерційної концесії, оскільки предметом договору комерційної концесії також є право на використання об'єктів права інтелектуальної власності. Ризик неможливості досягнення результату також несе праволоділець.

Відмінність договору на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт від авторського договору полягає в такому. За авторським договором автор зобов'язаний створити й передати замовлений твір або передати готовий твір для використання, а користувач зобов'язаний використати або почати використання твору способом, що передбачений договором в обумовленому ним обсязі, у визначений строк і виплатити автору встановлену договором винагороду. Об'єктом авторського договору є результат творчої праці – твір, утілений у таку об'єктивну форму, що робить його придатним для сприйняття іншими способами, відтворення та розповсюдження. Тобто авторський договір спрямований на передачу твору для використання. Договір на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт спрямований на виконання роботи з метою досягнення певного науково-технічного, дослідно-конструкторського та технологічного результату, який потрібен замовнику в його діяльності.

Крім того, в авторських договорах сторонами, з одного боку, завжди є фізична особа – автор або його правонаступники, а з другого – як правило, юридична особа, яка використовуватиме твір у своїй діяльності. Це можуть бути державні, колективні, акціонерні та інші організації. Водночас сторонами в договорі на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт можуть бути як юридичні, так і фізичні особи.

Отже, спеціальними ознаками договорів на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт є: 1) творчий характер робіт, що виконуються за цими договорами; 2) неможливість гарантованого отримання результату (алеаторний характер); 3) спрямованість робіт на отримання результату. Наявність таких ознак відрізняє ці договори від усіх схожих договорів і дозволяє їм зайняти окреме місце в системі цивільно-правових договорів.

ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ З НАДАННЯ ПОСЛУГ

5.1. Загальна характеристика та види договорів з надання послуг

Договірні зобов'язання з надання послуг посідають важливе місце в системі цивільно-правових зобов'язань. Про це свідчить насамперед виділення цієї групи договірних зобов'язань у більшості відомих у теорії цивільного права класифікацій цивільно-правових зобов'язань. Відомо, що основою вчення про цивільно-правові договори є проблема їх систематизації. Теоретичне обґрунтування систематизації дає базу для побудови чіткої системи договорів у кодифікованих актах цивільного законодавства і дозволяє належно вирішувати багато труднощів, що виникають у договірній та судовій практиці. Так, у юридичній літературі неодноразово робилися спроби провести систематизацію цивільно-правових договорів. Хоча законодавець у кн. 5 розд. III ЦК України «Окремі види зобов'язань» обрав двоступеневу структуру, тип договору та окремі види договорів відповідного типу, проте слушними можна визнати й інші класифікації договірних зобов'язань, які трапляються в юридичній літературі та значно полегшують розуміння загальних та спеціальних ознак, що притаманні відповідним договорам.

Бурхливий процес виникнення і розвитку нових форм договірних відносин вимагає дослідження всіх договорів як складових єдиної системи. Виділення окремих типів зобов'язань дає можливість глибокого їх вивчення і правильного вибору суб'єктами того чи іншого договірного виду, залежно від потреб та інтересів, для правильного розташування і систематизації нормативного матеріалу. Це дозволяє розглядати договори не як розрізнену масу окремих відносин, а як певну їх сукупність, що володіють внутрішньою, цілісною структурою, сукупністю, в основі якої лежать єдність і взаємозв'язок між окремими

договорами. Водночас не слід забувати, що з постійним розвитком та зміною відносин потребує уточнення і зміни система договорів¹.

Найбільш розгорнутою є типізація договорів у ЦК України, де вони поєднані у певні групи типів купівлі-продажу, найму (оренди), підряду, послуги, про розрахунки, на розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, спільну діяльність. На міжнародному рівні ці договори визначені у Принципах європейського контрактного права. Договірний тип виділяється або за специфікою матеріального відношення, що ним опосередковується, або за колом юридичних умов, об'єктивно необхідних для утворення зазначеного договірної зобов'язання. Достатньо будь-якої з двох названих передумов для того, щоб відповідні зобов'язання утворили самостійний тип договору². Тобто виділення типів здійснюється на основі економічних і юридичних ознак. У разі коли договори подібні як за матеріальними відносинами, що лежать в їх основі, так і за істотними умовами, об'єктивно необхідними для виникнення зобов'язання, вони співвідносяться один з одним не як типи, а як різновиди одного і того самого договірної типу.

У ЦК України виокремлення групи зобов'язань з надання послуг має не тільки теоретичне, а й практичне значення. Як справедливо вказує Ю. В. Романець, мета класифікації цивільних договорів полягає в тому, щоб на основі правильно обраних критеріїв розділити договори на групи, що об'єднують зобов'язання зі схожою правовою регламентацією і розділяють зобов'язання з різним правовим регулюванням³. Тобто об'єднання в єдину групу договірних зобов'язань з надання послуг дозволить виявити закономірності в правовому регулюванні опосередковуваних ними відносин і сформулювати пропозиції щодо удосконалення механізму їх правового регулювання.

Здійснюючи класифікацію цивільно-правових договорів, доцільно виявляти суттєві спільні та відмінні риси між різними договорами, в результаті чого і відбувається їх розподіл на типи чи на підтипи⁴.

¹ Федорченко Н. В. Договірні зобов'язання з надання послуг: проблеми теорії і практики : монографія. Київ : НДІ приват. права і підприємництва НАПрН України, 2015. С. 85.

² Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву: из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». Москва : Статут, 2000. С. 416–417.

³ Романець Ю. В. Система договорів в гражданском праве России ; вступ. ст. В. Ф. Яковлева. Москва : Юристъ, 2006. С. 40.

⁴ Шишка Р. Б. Типологія цивільно-правових договорів. *Право та управління* : електрон. наук. вид. 2012. № 2. С. 1002–1017.

Виходячи з цього, детальніше зупинимось на виявленні спільних та відмінних ознак договірного типу з надання послуг та інших договірних зобов'язань.

До суміжних договірних зобов'язань можна віднести насамперед ті зобов'язання, об'єктами яких традиційно вважаються дії. Необхідно підкреслити, що як у договорах із надання послуг, так і в договорах підряду сутність діяльності боржника з виконання договору полягає у вчиненні певних дій. Так, аналіз закріпленої в ст. 837 ЦК України дефініції договору підряду свідчить, що поняття «робота» розкривається законодавцем через категорію «вчинення дії» або «діяльність». У літературі зазначається, що «робота» – це діяльність, результати якої мають матеріальний вияв і можуть бути реалізовані для задоволення потреб юридичних і фізичних осіб. Водночас «послуга» – це діяльність, результати якої не мають, як правило, матеріального вияву, вони реалізуються і споживаються в процесі здійснення цієї діяльності¹.

На побутовому рівні можна говорити, що для того, хто надає послугу, відповідна дія є роботою, а для того, в чиїх інтересах вона здійснюється, – послугою. Усе це певною мірою зближує феномени «робота» і «послуга», але, разом із тим, не дає підстав для їх отождолення. Характерними ознаками послуги, як наголошується в літературі, є: 1) корисний ефект; 2) невіддільність від джерела; 3) непомітність, невідчутність; 4) нематеріальність; 5) якість, диференційованість якості послуги; 6) ексклюзивність; 7) неможливість зберігання; 8) невичерпність².

Проблемі співвідношення зобов'язань, які полягають у наданні послуг або виконанні робіт, у юридичній літературі відводиться значне місце. На думку одних авторів, роботи і зобов'язання з їх виконання – це більш широке поняття щодо послуги³; інші, навпаки, розглядають виконання робіт як різновид послуг⁴; треті – ці категорії розділяють⁵.

¹ Цивільний кодекс України : наук.-практ. коментар. 4-те вид., перероб. і допов. Харків : ТОВ «Одісей», 2008. С. 826.

² Резнікова В. В. Правове регулювання посередництва у сфері господарювання (теоретичні аспекти) : монографія. Харків, 2010. С. 155–163.

³ Отдельные виды обязательств. Курс советского гражданского права / Б. Антонов, И. Брауде, К. Граве [и др.]. Москва : Госюриздат, 1954. С. 221.

⁴ Гражданское право : в 2 т. / под ред. Е. В. Суханова. Москва : БЕК, 1994. Т. 2. С. 198.

⁵ Кабатов В. А. Возмездное оказание услуг / *Гражданский кодекс РФ*. Ч. 2. Текст. Комментарий. Москва, 1996. С. 392; Яковлев В. Ф. Гражданско-правовой договор в сфере обслуживания. Москва : Наука, 1980. С. 17; Гриняк А. Б. Особливості розмежування договорів підряду та договорів із надання послуг. *Підприємництво, госп-во і право*. 2012. №4. С. 18–20.

Як убачається із наведеного, міркування вчених в основному зводилися до того, які ж відносини якими охоплюються: чи підряд є різновидом договору послуг, чи послуга є різновидом договору підряду. Вважаємо, що з правової точки зору немає підстав говорити про збіг цих двох понять і, отже, видається недоцільним ні роботу розглядати як різновид послуг, ні послугу як різновид робіт, оскільки вони спрямовані на досягнення різних результатів.

В основному розмежування цих груп договірних зобов'язань проводиться за об'єктом зобов'язання: у зобов'язаннях з виконання робіт – це роботи, в зобов'язаннях з надання послуг – послуги. Саме в матеріальному характері благ, стан яких піддається зміні або збереженню в процесі виконання робіт, і полягає той матеріальний субстрат, який визначає специфіку робіт як самостійного об'єкта цивільних прав.

При цьому більшість цивілістів наголошують на нематеріальній, неуречевленій природі послуг, на відміну від робіт. Як зазначає з цього приводу А. Б. Гриняк, коли ідеться про діяльність у формі «робіт», то споживача, власне, цікавить кінцевий результат такої діяльності, що набуває певної матеріалізованої форми, тобто такий об'єкт цивільних прав, як «результати робіт». Коли ж ідеться про послуги як об'єкт цивільних прав, то до уваги береться не сам результат, який споживається при здійсненні діяльності, а дії, які до нього призвели¹.

У зв'язку з наведеним вище аналізом вважаємо спірною висловлену в юридичній літературі точку зору про розподіл послуг на нематеріальні («чисті») і матеріальні (ті, що опосередковуються підрядними відносинами)². Оскільки правильним було б говорити або про послуги, або про роботи.

Слід зазначити, що і роботи, і послуги – це визнані законом об'єкти цивільних прав, вони об'єктивуються у процесі цілеспрямованої діяльності певного виду, а їх результати володіють споживчою вартістю. Водночас у загальних положеннях про об'єкти цивільних прав не міститься визначення ні результатів робіт, ні послуг. Вони лише перераховуються в ст. 177 ЦК України поряд з іншими об'єктами цивільних прав. Зміст роботи лише частково розкривається в ч. 2 ст. 837 ЦК

¹ Гриняк А. Б. Договірні зобов'язання з виконання робіт у цивільному праві України : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2013. С. 100.

² Кротов М. В. Обязательство по оказанию услуг в советском гражданском праве : учеб. пособие. Ленинград, 1990. С. 12.

України. Натомість зміст послуги взагалі законодавцем не розкривається, хоча також зазначається в ст. 177 ЦК України.

Тобто законодавець, визначаючи у ст. 177 ЦК України послуги як самостійний об'єкт цивільних прав, на відміну від інших об'єктів, наприклад, цінних паперів, не закріпив їх легального визначення. Немає нормативного визначення поняття послуг і в гл. 63 ЦК України. З огляду на наведене вважаємо за необхідне вказати на потребу подальшого удосконалення чинного законодавства з метою приведення його положень відповідно до вже загальноновизнаних положень науки цивільного права щодо розуміння поняття «послуга».

Наслідком наведених законодавчих помилок є ототожнення у ст. 715 ЦК України понять «роботи» та «послуги», підтвердженням чого є ч. 5 зазначеної статті, в якій встановлено, що «договором може бути встановлений обмін майна на роботи (послуги)». Таке ототожнення є алогічним, оскільки призводить до неправильного застосування до відносин з надання послуг законодавства, що регулює підрядні відносини, та істотного порушення прав контрагентів за договором.

Таким чином, спробуємо визначити критерії розмежування договорів з надання послуг та договорів з виконання робіт, а саме:

1) предметом договорів з надання послуг є сам процес надання послуги, а не досягнення матеріалізованого результату. Крім того, основний результат при наданні послуг виражається у нематеріальній формі, однак має економічну цінність та корисний ефект для замовника;

2) виконавець за договором про надання послуг повинен надати послугу особисто (виняток становить надання послуги найманим працівником), у той час як підрядник має право, якщо інше не встановлено договором, залучати до виконання роботи інших осіб (субпідрядників);

3) із дефініції договору про надання послуг (ст. 901 ЦК України), на відміну від дефініції договору підряду, не впливає, що виконавець надає послугу на власний ризик, тобто він вправі вимагати оплати наданих послуг навіть у випадку настання якихось непередбачуваних обставин;

4) завершальною стадією виконання договору підряду є підписання акта приймання-передачі результату робіт, і ця процедура, на відміну від договору про надання послуг, передбачена чинним законодавством¹. При

¹ Приймання-передача результату робіт є завершальною стадією підряду, де, крім пред'явлення, замовник оглядає результат, перевіряє функціонування та з юридичної точки зору визнає договір виконаним.

виконанні договору про надання послуг, навіть за умови передачі зовнішньої форми діяльності послугодавця, як-от договору, не завжди є свідченням завершення діяльності з надання послуги;

5) виходячи з дефініції договору про надання послуг, послуга споживається в процесі її надання, тоді як виконання роботи та споживання її результатів не збігаються у часі.

Разом із тим, слід зазначити, що останній критерій такого відмежування є доволі умовним, оскільки окреме існування результатів послуги від їх виконавця простежується, наприклад, у випадках проведення маркетингових досліджень, де основним обов'язком виконавця є обов'язок провести маркетингове дослідження відповідно до завдання замовника і передати його результати у вигляді звіту чи/та рекомендацій замовникові.

Отже, якщо розширити предметну сферу регулювання договірних зобов'язань з надання послуг, не обмежуючи їх тільки так званими нематеріальними послугами, можна встановити деяке зближення правових позицій з цього питання: послуги повинні і мають певний результат «opus», досягнення якого становить мету взаємодії учасників у рамках зобов'язального правовідношення.

Зважаючи на аналіз існуючих у праві концепцій класифікації договірних зобов'язань, а також побудови системи договірних зобов'язань з надання послуг, доцільно підкреслити, що: а) зобов'язання з надання послуг є однією із складових системи цивільно-правових зобов'язань, що відрізняються від інших договірних зобов'язань (зобов'язання, що поєднують елементи зобов'язання з надання послуг та інших типів зобов'язань, не повинні включатися до системи внутрішньої диференціації зобов'язань з надання послуг); б) система зобов'язань з надання послуг не може бути вичерпною, оскільки нею мають охоплюватися як поійменовані, так і непоійменовані різновиди відносин з надання послуг.

Важливим завданням є потреба у визначенні загальної характеристики договорів з надання послуг. Договорам про надання послуг властиві як загальні ознаки цієї правової категорії, так і специфічні риси (особливості), притаманні окремим видам цього типу договірних зобов'язань.

Як зазначає з цього приводу Р. Б. Шишка, слід розрізняти саме явище, тобто договір, та його властивості – характеристику. Про особливості договорів можна говорити з огляду на саме явище та його

властивості: реальні і консенсуальні, оплатні (відплатні) та безоплатні, каузальні і абстрактні, а також фідучіарні та інші договори. Проте властивості договору також беруться до уваги при встановленні його правової природи¹.

Як уже зазначалося, законодавець у ЦК України розмістив спеціальну главу, присвячену загальним положенням про надання послуг. Системі договорів про надання послуг утворюють так звані поійменовані договори послуг, яким присвячено окремі глави (глави 64–74 ЦК України). Введення до ЦК України глави, присвяченої послугам, пов'язане з тим, що, з одного боку, у ньому неможливо дати детальну регламентацію всіх договорів у цій сфері, а з другого – необхідно було закріпити суттєві положення, які характеризуватимуть цю групу договірних зобов'язань. Тобто, як слушно зазначає М. М. Сибільов, наявність у ЦК глави, присвяченої загальним положенням про надання послуг, має і суто практичне значення, суть якого полягає у тому, що при укладанні договорів у сфері надання послуг, які безпосередньо не передбачені ЦК України, сторони, виходячи з дії принципу свободи договору, самі визначають умови договору, але при цьому вони мають керуватися загальними положеннями про надання послуг². Іншими словами, сторони визначають умови договору в рамках загальних положень.

Видається доречним провести аналіз та характеристику договірної типу з надання послуг за такими класифікаційними критеріями.

За суб'єктом складом договори з надання послуг є переважно двосторонніми, хоча можуть бути і багатосторонніми. Слід зазначити, що за договорами з надання послуг сторони, що безпосередньо надають послуги, у ряді випадків наділені спеціальною правоздатністю. Це зумовлено тим, що далеко не кожен учасник цивільних правовідносин може надавати послуги. Прикладом можуть слугувати виконавці за договором з надання медичних, освітніх, оцінних послуг тощо. Суть спеціальної правоздатності полягає в тому, що юридична особа має право вчиняти лише ті дії, які спрямовані на досягнення зазначеної

¹ Шишка Р. Б. Проблема видів та характеристики цивільних та господарських договорів. *Розробка механізму правового регулювання договірних відносин у підприємницькій діяльності* / за ред. В. В. Луця. Київ : НДІ приват. права і підприємництва АПрН України, 2009. С. 76–88.

² Сибільов М. М. Загальні положення регулювання відносин у сфері надання послуг за проектом нового Цивільного кодексу. *Вісн. Акад. прав. наук України*. 1996. № 7. С. 108–111.

в установчих документах мети. Так, за законодавством радянського періоду (ст. 26 ЦК УРСР 1963 р.) юридична особа наділялась цивільною правоздатністю відповідно до встановлених цілей діяльності¹.

За юридичною підставою укладення договорів з надання послуг належить до договорів, що укладаються на підставі вільних намірів сторін. Хоча, як і в будь-якому правилі, тут існують винятки. Йдеться про випадки укладення договорів з надання послуг на підставі прямої вказівки закону. Прикладом можуть слугувати положення статей 20, 21 Закону України «Про житлово-комунальні послуги», зі змісту яких вбачається, що укладення договору про надання комунальних послуг є обов'язковим на підставі закону, що, у свою чергу, може розглядатись як спонукання до укладення договору. Тобто у сфері комунальних послуг законодавство допускає обов'язкове укладення договору². З огляду на це можна припустити, що у разі ухилення від укладення договору однією стороною можливе на вимогу другої сторони, спонукання до його укладення за рішенням суду. Прикладом може слугувати судова справа за позовом Житлово-експлуатаційної організації № 5 до ОСОБА_1 про спонукання до укладення договору про участь у витратах на утримання будинку та прибудинкової території та стягнення заборгованості за надані послуги. У цій справі Івано-Франківський міський суд Івано-Франківської області позовні вимоги задовольнив, зобов'язавши відповідача укласти з ЖЕО № 5 договір на участь у витратах на утримання будинку та прибудинкової території³.

Іншим прикладом обмеження договірної свободи у сфері надання послуг є можливість укладення публічних договорів та договорів приєднання. Свобода договору, як слушно зазначає А. В. Луць, включає в себе, окрім можливості вибору контрагента та визначення змісту договору, також і вільний вияв волі особи на вступ у договірні відносини, свободу вибору сторонами форми договору, право сторін укладати як договори, передбачені законом, так і договори, які законом не передбачені, але йому не суперечать, право сторін за своєю угодою

¹ Зозуляк О. І. Реалізація цивільної правосуб'єктності юридичних осіб у договірній формі : монографія. Івано-Франківськ : Нова зоря, 2012. С. 52.

² Гейнц Р. М. Цивільно-правове регулювання відносин за договором про надання комунальних послуг : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Івано-Франківськ, 2011. С. 137.

³ Справа № 2–1526/2009. Судове рішення. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/7454396> (дата звернення: 25.05.2020).

змінювати, розривати або продовжувати дію укладеного ними договору, визначати способи забезпечення договірних зобов'язань, право встановлювати форми (міри) відповідальності за порушення договірних зобов'язань тощо¹. Проте в межах договірного типу з надання послуг існують окремі різновиди договорів, в яких обмеження принципу свободи договору є необхідною умовою їх існування (договір перевезення транспортом загального користування, договір складського зберігання, укладений складом загального користування, договір банківського вкладу тощо)². Обмеження свободи договору в публічних договорах відбувається за такими напрямками: підприємці позбавлені можливості вільного вибору контрагента та вільного виявлення волі до вступу у договірні відносини, а також на свій розсуд змінювати умови договору.

Для цих договорів властивими є, по-перше, визначене коло суб'єктів: ними, з одного боку, є підприємці, що у встановленому порядку здійснюють підприємницьку діяльність у таких напрямках надання послуг, як перевезення транспортом загального користування, надання послуг зв'язку, медичних, готельних, банківських послуг тощо, а з другого – будь-хто, хто до них звертається для задоволення своїх потреб у конкретних послугах; по-друге, умови публічного договору встановлюються однаковими для всіх споживачів, крім тих, кому за законом надані відповідні пільги (наприклад, пільги, що надані ветеранам війни щодо сплати квартирної плати і комунальних послуг); по-третє, підприємець не повинен надавати перевагу одному споживачеві перед іншим щодо укладення публічного договору, якщо інше не встановлено законом. У разі безпідставної відмови від укладання договору для оферента також настає цивільно-правова відповідальність.

Аналізуючи наведені ознаки публічного договору, необхідно зазначити про певні термінологічні неточності у визначенні суб'єктів такого договору. Так, у ст. 633 ЦК України сторона, що приймає на себе зобов'язання з публічного договору, визначена як підприємець, що

¹ Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00. Львів, 2001. С. 164.

² Прикладом може слугувати положення Правил побутового обслуговування населення, за яким виконавцю надано право відмовитися від прийому замовлення на виконання послуги тільки в разі надання замовником недоброякісного товару для виконання замовлення.

дозволяє припустити звуження кола виконавців послуг і виключення з них юридичних осіб. Виходячи з цього висновку, можна констатувати (сподіваємось, помилково. – *Н. Ф.*) закладений в законодавстві механізм неналежного захисту прав споживачів, оскільки підприємці, порівняно з юридичними особами, будуть поставлені у нерівне становище, адже на останніх не буде покладено додаткові обов'язки, обумовлені публічним характером їх діяльності. Крім того, вбачається й інша законодавча помилка, що міститься у ст. 633 ЦК України, адже в таких сферах застосування публічного договору, як банківська діяльність та послуги зв'язку, виконавцями є виключно юридичні особи.

Прогресивним видається закріплений у ст. 633 ЦК України підхід, за яким суб'єкт підприємницької діяльності зобов'язаний здійснити продаж товарів, виконати роботи або надати послуги кожному, хто до нього звертається. Такий підхід дозволяє нам стверджувати, що, застосовуючи конструкцію «кожен, хто звернеться», законодавець фактично розширює категорію «споживач» і відносить до них і юридичних осіб. Додатковими аргументами на користь цього умовиводу є закріплення законодавцем режиму публічності в таких сферах з надання послуг, як складське зберігання складом загального користування (ст. 957 ЦК України) та зберігання автотранспортних засобів, що здійснюється суб'єктом підприємницької діяльності (ст. 977 ЦК України), адже такі договори доволі часто укладають і юридичні особи, а коло споживачів зазначеними нормами не обмежене.

Як і публічний договір, договір приєднання є узагальненою категорією тих договорів з надання послуг, в яких умови договору встановлені однією зі сторін у формулярах або інших стандартних формах і які укладаються лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого тексту договору. Друга сторона при цьому не може запропонувати свої умови договору. Звичайно, друга сторона сама вирішує, укладати чи не укладати договір на запропонованих їй умовах, тобто тут не порушується принцип свободи договору. Але необхідність укладення особою договору приєднання, особливо у підприємницькій діяльності, часто обумовлена економічними чи географічними чинниками, коли можливість вибору контрагента є обмеженою¹.

¹ Цивільний кодекс України : наук.-практ. коментар. 4-те вид., перероб. і допов. Харків : ТОВ «Одіссей», 2008. С. 625.

Договори приєднання найчастіше застосовуються у відносинах підприємців з громадянами, коли стандартні умови договорів повторюються неодноразово. Саме тут і розробляються формуляри або інші стандартні форми, в яких умови договору встановлюються однаковими для усіх споживачів, і останні лише приєднуються до цих умов, наприклад, складське свідоцтво в договорах зберігання на товарному складі (ст. 961 ЦК), страхове свідоцтво (поліс) при особистому страхуванні (ст. 981 ЦК України), іменна квитанція при зберіганні речі в ломбарді (ч. 1 ст. 967 ЦК України)¹. Слід зазначити, що конструкція договорів приєднання отримала широке використання у сфері послуг, що надаються при перевезенні вантажів та пасажирів, послугах зв'язку, готельних послуг, у відносинах з участю банків і у всіх відносинах, де є наявність масового споживача.

Виходячи з вищенаведених ознак, доцільно наголосити, що в сфері надання послуг часто договори приєднання використовують підприємства, що посідають монопольне становище на ринку (наприклад, сфера надання комунальних послуг), і сторона, що приєднується, є фактично безправною порівняно з таким монополістом. Видається, що саме для того, щоб хоча б якось захистити таку слабку сторону, законодавець у ч. 2 ст. 634 передбачив право такої особи вимагати розірвання або зміни договору, якщо договір про приєднання позбавляє її прав, які вона звичайно мала, виключає чи обмежує відповідальність іншої сторони за порушення зобов'язань або містить інші явно обтяжливі для сторони, що приєдналася, умови. Аналізуючи наведене законодавче положення, доходимо висновку, що така можливість повинна бути закріплена виключно за стороною, яка вступила у договірні відносини для задоволення особистих потреб, не пов'язаних з підприємницькою діяльністю. Додатковим аргументом на користь цього висновку може бути положення ч. 3 ст. 634 ЦК, де передбачено випадки відмови від зміни або розірвання договору стороною, що надала договір для приєднання, якщо сторона, яка приєдналась, є суб'єктом підприємницької діяльності.

Не позбавленим недоліків видається й друге речення ч. 2 ст. 634 ЦК України, де встановлено обов'язок для сторони, яка приєдналася до договору, доводити те, що вона не прийняла б обтяжливих положень

¹ Луць В. В. Контракти в підприємницькій діяльності : навч. посіб. 2-ге вид., перероб. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2008. С. 58.

за наявності можливості брати участь у визначенні умов договору. Видається за доцільне сприйняти висловлену в юридичній літературі пропозицію замінити друге речення ч. 2 ст. 634 ЦК таким чином: «Вважається, що сторона, яка приєдналася, виходячи зі своїх розумних інтересів, не прийняла б цих умов за наявності у неї можливості брати участь у визначенні умов договору»¹.

Отже, договір приєднання в сфері надання послуг можна визначити як цивільно-правовий договір, умови якого заздалегідь визначені однією з сторін для неодноразового використання при вступі у договірні відносини з невизначеним колом осіб і можуть бути прийняті іншою стороною після ознайомлення не інакше, як шляхом приєднання до запропонованого договору в цілому.

За способом оферти і визначення змісту договори про надання послуг є договорами, зміст яких сторони визначають при його укладенні. Змістом договору з надання послуг є діяльність виконавця з надання відповідних послуг замовникові, у тому числі при укладенні договору у сфері підприємницької діяльності. Мета договору – забезпечення інтересів однієї особи (замовника) діями іншої особи (виконавця).

Отже, під типом цивільно-правових зобов'язань з надання послуг пропонуємо розуміти групу договорів, наділених сукупністю однорідних ознак, які виражають найбільш загальні та істотні риси цього типу договірних зобов'язань.

Розпочинаючи аналіз видів договорів, що опосередковують зобов'язання із надання послуг, насамперед зазначимо, що в науці договірного права не припиняється активний пошук універсального критерію для класифікації цивільно-правових договорів. Відповідно до характеру підстав, які використовують при поділі поняття, в сучасній науці розрізняють два види класифікації: природну і штучну. Якщо класифікація здійснюється на підставі суттєвих ознак об'єкта дослідження, то така класифікація називається природною. Якщо ж класифікація здійснюється на підставі несуттєвих ознак об'єкта, то вона має назву штучної². У випадку дослідження договірного типу зобов'язань з надання послуг використовується природний вид класифікації, коли

¹ Олюха В. Г. Цивільно-правовий договір: поняття, функції та система : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2003. С. 132.

² Пархоменко Н. М. Договір у системі права України : дис. канд. ... юрид. наук : 12.00.01. Київ : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 1998. С. 23.

виявляються суттєві спільні та відмінні риси між різними договорами, в результаті чого і відбувається їх розподіл.

Як слушно з цього приводу зазначається в юридичній літературі, договірний тип виділяється за специфікою матеріальних відносин, що опосередковуються договором або колом юридичних умов, об'єктивно необхідних для утворення даного договірного зобов'язання. Коли договори подібні як за покладеними в їх основу матеріальними відносинами, так і за істотними умовами, вони співвідносяться між собою як різновиди одного й того самого договірного типу¹. Так, на думку С. М. Бервена, систему цивільно-правових договорів становлять їх типи, види та підвиди. Під типом цивільно-правового договору вчений пропонує розуміти класифікацію договорів за такою сукупністю ознак, які виражають найбільш загальні та істотні риси цього типу. Натомість види договорів, на думку дослідника, являють собою певні групи договорів, які, поряд із загальними рисами, притаманними тому чи іншому типу, одночасно мають й власні (видові) риси, які не суперечать віднесенню певного виду договору до однорідного типу.

Варто зазначити, що такий підхід дослідника до класифікації цивільно-правових договорів не є безспірним. Більш слушним з цього приводу видається запропонований В. В. Луцем та А. Б. Гриняком підхід, за яким категорія «тип» договірних зобов'язань застосовується для позначення найбільш повної за обсягом групи договорів, що сформована з використанням вказаної сукупності класифікаційних ознак². Такий підхід, на нашу думку, дозволить уникнути внутрішньої неузгодженості в поглядах науковця, з огляду на те, що видами договорів С. М. Бервено називає певні групи договорів.

Також непослідовність такої позиції С. М. Бервена вбачається в тому, що відповідно до неї спочатку під класифікаційними ознаками розуміються спрямованість результату цивільно-правового договору та його юридична мета, а згодом – спрямованість правової мети, яка може мати характер майнового або немайнового інтересу. У цьому аспекті більш точно було б говорити про правову мету договору, тобто

¹ Бервено С. М. Проблеми договірного права України : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2006. С. 225.

² Луць В. В. Контракти у підприємницькій діяльності : навч. посіб. Київ : Юрінком Інтер, 1999. С. 39; Гриняк А. Б. Теоретичні засади правового регулювання підрядних зобов'язань у цивільному праві України : монографія. Київ : НДІ приват. права і підприємництва НАПрН України, 2013. С. 76.

його спрямованість на настання очікуваних правових наслідків. На підтвердження нашої тези можна навести позицію Р. Б. Шишки, відповідно до якої функціональна системна кваліфікація договорів відображає їх внутрішню спрямованість та механізм, іншими словами – мету як загальну, так і спеціальну¹. Отже, правильно побудована система договорів надає істотну допомогу в формуванні правильних тлумачень щодо суті закону, в усвідомленні того порядку, до встановлення якого прагнув законодавець². Тобто класифікація сприяє подальшому вдосконаленню та систематизації законодавства, слугує меті більш детального дослідження договорів з надання послуг, адже система договорів постійно вдосконалюється. З цього приводу слушною є теза А. Б. Гриняка, що залежно від розвитку договірної практики, рецепції положень зарубіжного договірного права, накопиченого емпіричного матеріалу та рівня його розробки тими, хто проводить класифікацію, ускладнюється і система договорів у межах договірного типу, з'являються їх нові види та різновиди³.

Не зупиняючись детальніше на проблемі загальнотеоретичної класифікації цивільно-правових договорів, зосередимо увагу на системі (класифікації) договорів, що опосередковують зобов'язання з надання послуг. Якщо розглядати сучасну систему договорів з надання послуг, закріплену в ЦК України, то вона може бути охарактеризована в рамках окремої родової «спільноти» договорів у такому вигляді.

Кожен з договорів з надання послуг має відокремлену типологічну спрямованість, що характеризується стійкістю типологічних ознак, тобто норми, що регулюють такий договірний тип, утворюють окремий цивільно-правовий інститут.

Розпочнемо з договірних зобов'язань з надання транспортних послуг, які є самостійною класифікуючою групою в ієрархічній системі договірних зобов'язань.

Незважаючи на зміну економічного вектора та адаптацію національного законодавства України до законодавства Європейського Со-

¹ Цивільне право України : курс лекцій : у 6 т. / Р. Б. Шишка (кер. авт. кол.), Є. О. Мічурін та ін. ; за ред. Р. Б. Шишки. Харків : Еспада, 2006. Т. 5. Кн. 2: Договірне право. Ч. 1. Загальні положення та договори про передачу майна у власність. С. 69.

² Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова [та ін.] ; за ред. О. В. Дзери. Київ : Юрінком Інтер, 2008. С. 322.

³ Гриняк А. Б. Договірні зобов'язання з виконання робіт у цивільному праві України : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2013. С. 113.

юзу, на сьогоднішній день все ж не досягнуто необхідної узгодженості між нормами кодифікованого акта цивільного законодавства, що створює передумови для зловживань з боку учасників договірних відносин з надання транспортних послуг, неналежного виконання ними взятих на себе зобов'язань тощо.

Як доречно зазначає І. С. Лукасевич-Крутник, процес гармонізації законодавства України у сфері надання транспортних послуг ускладнюється наявністю великої кількості різних за юридичною силою нормативно-правових актів, частина яких є застарілими і не відповідає сучасній динаміці розвитку договірних відносин, а також різними законодавчими підходами щодо врегулювання договірних конструкцій, що опосередковують надання транспортних послуг, в кодифікованих актах приватного права. Водночас можна констатувати, що в механізмі правового регулювання договірних зобов'язань з надання транспортних послуг досі пріоритетним залишається забезпечення правового захисту виконавця транспортної послуги, а не її замовника, в тому числі фізичної особи-споживача. Крім того, концептуального перегляду потребує законодавчий підхід щодо балансу застосування диспозитивного та імперативного методу правового регулювання приватноправових відносин у сфері надання транспортних послуг¹.

Незважаючи на те, що договорам перевезення присвячена окрема глава у кодифікованому акті цивільного законодавства України, загального поняття договору перевезення в ньому не закріплено. ЦК України не є винятком, адже відсутність загального визначення поняття договорів перевезення характерне для цивільних кодексів багатьох європейських країн (ЦК Чеської Республіки, ЦК Латвійської Республіки тощо)².

Аналіз чинного законодавства України, яке регулює транспортні відносини, свідчить, що в ньому наявний термінологічний колапс. Можна зустріти різні терміни: «транспортні договори», «договори перевезення», «договори у сфері транспорту» і т. д. Удосконалення понятійного апарату транспортної сфери дуже важливо для здійснення класифікації договорів з надання транспортних послуг.

¹ Лукасевич-Крутник І. С. Теоретичні засади правового регулювання договірних відносин з надання транспортних послуг у цивільному праві України : монографія. Тернопіль : ФОП Паляниця В. А., 2019. С. 6.

² Там само. С. 126.

Договір перевезення поділяється на перевезення вантажу, пасажирів та багажу, договір чартеру (фрахтування). Підвидами перевезення є договори перевезення у прямому змішаному сполученні, довгостроковий договір. Як зазначається з цього приводу в юридичній літературі, договори перевезення є договорами з надання послуг¹.

Слід звернути увагу на факт законодавчого ототожнення понять «транспортні послуги» та «послуги з перевезення». Так, Закон України «Про автомобільний транспорт» визначає послугу з перевезення пасажирів чи вантажів як перевезення пасажирів чи вантажів транспортними засобами на договірних умовах із замовником послуги за плату². Схоже визначення поняття «транспортна послуга» закріплено в п. 1 Правил перевезень вантажів автомобільним транспортом в Україні, а саме: транспортна послуга – перевезення вантажів та комплекс допоміжних операцій, що пов'язані з доставкою вантажів автомобільним транспортом³. На думку А. Матвеевої, транспортні послуги поділяються на основні послуги – з перевезення і транспортно-експедиційної діяльності та на супутні послуги – зі зберігання, складування, пакування, зважування вантажів та інші послуги⁴.

Досліджуючи договірні відносини з надання транспортних послуг, І. С. Лукасевич-Крутник, з'ясувавши поняття договору перевезення згідно з положеннями ЦК окремих європейських країн, вважає за доцільне запропонувати авторське визначення договорів перевезення як основної групи договорів з надання транспортних послуг. Так, за договором перевезення одна сторона (перевізник) зобов'язується за завданням іншої сторони (замовника) надати транспортну послугу, яка споживається в процесі здійснення діяльності щодо перевезення, а замовник зобов'язується оплатити вико-

¹ Свистун Л. Я. Договори перевезення вантажів автомобільним транспортом : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2005. С. 3; Самойленко Г. В. Договір перевезення вантажів у внутрішньому водному сполученні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2003. С. 9.

² Про автомобільний транспорт : Закон України від 05.04.2001 № 2344-III. *Відом. Верхов. Ради України*. 2001. № 22. Ст. 105.

³ Про затвердження Правил перевезень вантажів автомобільним транспортом в Україні : наказ М-ва транспорту України від 14.10.1997 № 363. *Офіц. вісн. України*. 1998. № 8. Ст. 283.

⁴ Матвеева А. Ринок транспортних послуг: поняття, учасники та об'єкти. *Вісник Академії правових наук України* : зб. наук. пр. / редкол. : В. Я. Тацій [та ін.]. Харків : Право, 2011. № 1 (64). С. 135–143.

навцеві зазначену послугу. Такою дефініцією можна доповнити положення ч. 1 ст. 908 ЦК України¹.

Договір транспортного експедирування за своєю правовою природою є поєднанням перевезення та договору про надання послуг. Незважаючи на різницю в думках, правова доктрина була і є одностайною у тому, що договір експедиції суттєво відрізняється від договору перевезення за рядом ознак, а саме: консенсуальна природа цього договору, допоміжний характер експедиції щодо перевезення, посередницька сутність цього типу договору тощо². Видається, що саме у зв'язку із значним поширенням цих відносин та потребою їх нормативного врегулювання цей договір здобув виокремлення і закріплення в ЦК України як окремий тип цивільно-правових договорів.

Отже, як ми бачимо, транспортні послуги в Україні потребують законодавчого вдосконалення та приведення його у відповідність до міжнародних стандартів.

Наступним договором, віднесеним до розглядуваної групи, є договір зберігання. Регулювання відносин зберігання здійснюється в межах гл. 66 ЦК України³. Його видами є договори зберігання на товарному складі, зберігання речі у ломбарді, зберігання цінностей у банку, зберігання речей у камерах схову організацій і підприємств транспорту, зберігання речей у гардеробі організації, зберігання речей пасажирів під час його перевезення, зберігання речей у готелі, зберігання речей, що є предметом схову, зберігання автотранспортних засобів, договір охорони.

Наступним, не менш важливим видом договорів з надання послуг, який має важливе місце в зобов'язальних правовідносинах, є договір страхування.

Нормативне визначення поняття договору страхування закріплено в ЦК України, ГК України і Законі України «Про страхування». Договору страхування у ЦК України присвячена окрема глава (гл. 67), яка містить положення, що є загальними для всіх видів договорів страхування. Крім цього, гл. 63 ЦК України об'єднані загальні положення про

¹ Лукасевич-Крутник І. С. Теоретичні засади правового регулювання договірних відносин з надання транспортних послуг у цивільному праві України : монографія. Тернопіль : ФОП Паляниця В. А., 2019. С. 127.

² Якушев В. Экспедитор и перевозчик в российском праве: прошлое, настоящее и будущее. *Хозяйство и право*. 1996. № 1. С. 82–91.

³ Грамацький Е. М. Договір зберігання у цивільному праві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2004. С. 11.

договори з надання послуг, які можуть застосовуватися до всіх договорів про надання послуг, якщо це не суперечить суті зобов'язання. Загальні положення про страхування застосовуються до різних видів договорів страхування субсидіарно, тобто тільки в тому випадку, якщо спеціальними правилами про ці договори не встановлено інше¹.

Договір страхування поєднує як загальні ознаки, властиві будь-якому цивільно-правовому договору про надання послуг, так і особливі, притаманні лише йому.

Страховою послугою Н. В. Міловською запропоновано вважати сукупність дій страховика щодо надання страхового захисту майнових інтересів споживачів страхових послуг шляхом прийняття на страхування ризику в межах страхової суми та здійснення страхової виплати (страхового відшкодування) у разі настання певних подій (страхових випадків), визначених договором страхування².

Різновидами договору страхування є майнове і особисте страхування. Підвидами майнового страхування є страхування майнової відповідальності, знищення та пошкодження майна, а підвидами особистого – медичне, страхування життя, здоров'я.

Потенційний перелік договорів, які становлять групу договорів з надання послуг, досить значний і аж ніяк не вичерпується законодавчо визначеними (пойменованими) договорами. В юридичній літературі прийнято розрізняти послуги зв'язку, медичні, ветеринарні, консультаційні, аудиторські, інформаційні, з навчання, туристичного обслуговування тощо³.

Безперечно, наведений перелік може бути продовжений. У науковій літературі висловлювалися судження про те, що деякі із згаданих вище договорів вже сьогодні мають право претендувати на самостійний тип договору⁴. Як слушно з цього приводу зазначала І. В. Жилінкова, до договорів про надання послуг належать пойменовані договори (перевезення, транспортного експедирування, зберігання, страхування, до-

¹ Міловська Н. В. Договірні зобов'язання зі страхування у цивільному праві України: проблеми теорії та практики : монографія. Київ : НДІ приват. права і підприємництва ім. акад. Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2019. С. 107.

² Там само. С. 462.

³ Гражданское право : учебник : в 2 ч. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Топого. Москва : Проспект, 1998. Ч. II. С. 542.

⁴ Щенникова Л. В. Право на туристическо-экскурсионное обслуживание. *Правовое регулирование отношений в сфере обслуживания граждан*. Москва : Изд-во ИГиП АН СССР, 1983. С. 93–96.

ручення, комісії), а також договори про фінансові послуги. Крім того, норми ЦК України про надання послуг мають поширюватися на договори про надання медичних, юридичних, туристичних, освітніх, комунальних та інших послуг¹. Розширює цей перелік послуг В. А. Васильєва, додаючи до переліку договори у сфері аудиторських, готельних, концертно-видовищних послуг².

Зважаючи на наведене, цілком можливим видається висновок М. І. Брагінського, що деякі з договорів про надання послуг знаходяться на шляху до самостійного відокремлення, тому «слід очікувати, що коло спеціально врегульованих договорів послуг за межами ЦК, а можливо, і деякі в самому Кодексі, буде розширюватися»³.

Тобто за критерієм нормативної визначеності договори з надання послуг поділяються на такі, що передбачені ЦК України (договори перевезення, транспортного експедирування, комісії, доручення, зберігання, позики, кредиту тощо), іншими нормативно-правовими актами (агентський договір (ст. 297 ГК України), договір морського буксирування (ст. 222 Кодексу торговельного мореплавства України), договір про надання правової допомоги (розд. IV Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 5 липня 2012 р.), договір на туристичне обслуговування (ст. 20 Закону України «Про туризм» від 18 листопада 2003 р.) тощо, а також договори, які хоч і не передбачені чинним законодавством, однак поширені в договірній практиці учасників цивільних правовідносин (договори консалтингу, надання маркетингових послуг, надання ритуальних послуг тощо)⁴.

Отже, крім ЦК України, правове регулювання відносин з надання послуг здійснюється спеціальними законами та підзаконними нормативними актами. До останніх, зокрема, належать закони України

¹ Харитонов С. О. Цивільне право України : підручник / С. О. Харитонов, Н. О. Санахметова. Київ : Істина, 2003. С. 268–269.

² Васильєва В. А. Цивільно-правове регулювання діяльності з надання посередницьких послуг : монографія. Івано-Франківськ : ВДВ ЦІТ Прикарпат. нац. ун-ту ім. В. Стефаника, 2006. С. 103.

³ Брагинский М. И. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. Москва : Статут, 2007. С. 245.

⁴ Цивільне право України. Договірні та недоговірні зобов'язання : підручник / С. С. Бичкова, І. А. Бірюков, В. І. Бобрик [та ін.] ; за заг. ред. С. С. Бичкової. 3-тє вид., змін. та допов. Київ : Алерта, 2014. С. 185.

«Основи законодавства України про охорону здоров'я»¹, «Про ветеринарну медицину»², «Про транспорт»³, «Про туризм»⁴, «Про залізничний транспорт»⁵, «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»⁶ тощо, а також підзаконні нормативні акти, прикладом яких можуть бути Правила побутового обслуговування населення⁷, Правила надання послуг пасажирського автомобільного транспорту⁸, Правила обслуговування громадян залізничним транспортом⁹, Правила надання населенню послуг з перевезення міським електротранспортом¹⁰.

Аналізуючи законодавчий підхід до правового регулювання відносин, пов'язаних з наданням медичних послуг, слід зазначити, що на сьогодні не вщухають суперечки з приводу кваліфікації відносин з надання медичних послуг. Насамперед це стосується визначення правової природи відносин між медичним закладом і пацієнтом з приводу лікування. Так, перебуваючи на лікуванні в медичному закладі, пацієнт отримує не тільки спеціальну медичну допомогу. Йому надаються й інші послуги, як-от: здійснюється догляд, надається харчування, проводить-

¹ Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19.11.1992 №2801-ХП. *Відом. Верхов. Ради України*. 1993. №4. Ст. 19.

² Про ветеринарну медицину : Закон України від 25.06.1992 №2498-ХП. *Відом. Верхов. Ради України*. 1992. №36. Ст. 531.

³ Про транспорт : Закон України від 10.11.1994 №232/94-ВР. *Відом. Верхов. Ради України*. 2004. №13. Ст. 180.

⁴ Про внесення змін до Закону України «Про туризм» : Закон України від 15 верес. 1995 р. №325/95-ВР. *Відом. Верхов. Ради України*. 1995. №31. Ст. 241.

⁵ Про залізничний транспорт : Закон України від 04.07.1996 №273/96-ВР. *Відом. Верхов. Ради України*. 1996. №40. Ст. 183.

⁶ Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг : Закон України від 12.07.2001 №2664-ІІІ. *Відом. Верхов. Ради України*. 2002. №1. Ст. 1.

⁷ Про затвердження Правил побутового обслуговування населення : постанова Каб. Міністрів України від 16.05.1994 №313. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/313-94-%D0%BF> (дата звернення: 10.07.2020).

⁸ Про затвердження Правил надання послуг пасажирського автомобільного транспорту : постанова Каб. Міністрів України від 18.02.1997 №176. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/176-97-%D0%BF> (дата звернення: 10.07.2020).

⁹ Про порядок обслуговування громадян залізничним транспортом : постанова Каб. Міністрів України від 19.03.1997 №252. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/252-97-%D0%BF> (дата звернення: 10.07.2020).

¹⁰ Про затвердження Правил надання населенню послуг з перевезень міським електротранспортом : постанова Каб. Міністрів України від 23.12.2004 №1735. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1735-2004-%D0%BF> (дата звернення: 10.07.2020).

ся зміна білизни, організуються заняття по спортивній програмі тощо. Тобто такі послуги, як організація різного роду занять, мають факультативний характер, а тому навряд чи доцільно, як це пропонується в юридичній літературі¹, подібні послуги визнавати складовою частиною медичних послуг, оскільки термін «медичні послуги» у його юридичному сенсі не слід ототожнювати з його побутовим розумінням. На такому рівні будь-які дії, пов'язані з лікуванням хворого, розуміються як медичні послуги. Для юридичної кваліфікації відносин такий підхід є неприпустимим. Тобто законодавець не змішує безпосередньо медичні послуги та інші пов'язані з ними послуги та відносить до медичних послуг тільки профілактичну, лікувально-діагностичну, реабілітаційну, протезно-ортопедичну і зубопротезну допомогу.

Отже, договір з надання медичних послуг за своєю природою є консенсуальним, взаємним, оплатним. Крім того, договір про надання медичних послуг може бути побудований за конструкцією договору на користь третьої особи, де на стороні останнього буде завжди виступати послугоотримувач – фізична особа.

Аналіз положень ст. 635 ЦК України дозволив, зважаючи на те, що надання медичних послуг здійснюється суб'єктами підприємницької діяльності, О. І. Смотрову віднести договір про надання медичних послуг до числа публічних договорів. Крім того, дослідник доходить висновку, що оплатне надання медичних послуг належить до підприємницької діяльності, а суб'єкт, який їх здійснює, повинен бути підприємцем, що дозволило віднести договір про надання медичних послуг до підприємницьких договорів².

Водночас, ґрунтуючись на твердженні, що медичні послуги (в правовому розумінні цього терміна) відображаються або у складі медико-соціальної допомоги, або за договором про надання таких послуг, вважаємо недоцільним говорити про можливість надання медичних послуг людині поза її волею, оскільки, наприклад, надання допомоги потерпілому при нещасному випадку є гарантованою медико-соціальною допомогою з компенсацією всіх витрат державою. Як зазначається з цього приводу в юридичній літературі, цивільне право при надан-

¹ Мирошник А. В. Возмездное оказание услуг в гражданском праве России : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Саратов, 2003. С. 40.

² Смотров О. І. Договір щодо надання медичних послуг : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2002. С. 66–69.

ні безкоштовної медичної допомоги виконує охоронну функцію і застосовується виключно з метою відшкодування заподіяної медичним закладом шкоди життю, здоров'ю або майну пацієнта (у тому числі при ненаданні медичної допомоги)¹. Такий висновок не суперечить ч. 1 ст. 12 ЦК України, відповідно до якої особа здійснює свої цивільні права вільно, на власний розсуд.

Вважаємо за доцільне навести вдалий приклад дефініції договору про надання медичних послуг, яку запропонувала І. Я. Сенюта, досліджуючи весь спектр медичних послуг.

Дослідниця сформулювала його у такий спосіб: «За договором про надання медичних послуг одна сторона (заклад охорони здоров'я, фізична особа – підприємець, яка провадить господарську діяльність з медичної практики), яка забезпечує медичне обслуговування населення, зобов'язується надати, а інша сторона (пацієнт, законний представник пацієнта, інша уповноважена пацієнтом особа) – прийняти та оплатити надані медичні послуги відповідно до умов договору та чинного законодавства України»².

Договір про надання медичних послуг можна охарактеризувати як консенсуальний, оплатний, двосторонній, публічний.

І. Я. Сенютою обґрунтовано запровадження нової терміноконструкції «*медико-побутова послуга*» (послуга спрямована на забезпечення умов перебування і підтримання життєдіяльності пацієнта та/або його законних представників, членів сім'ї пацієнта), яка є складовою медичного обслуговування поряд з медичною послугою³.

Отже, законодавство у медичній сфері та сфері репродуктивних технологій потребує нагального удосконалення. Доцільним є внесення змін до ЦК України та інших нормативних актів України.

Не менш дискусійним у науці цивільного права є питання про правову природу договорів, які на практиці іменуються договорами про надання правових послуг. Прикладом може слугувати висловлена в юридичній літературі пропозиція розмежовувати договори про надання

¹ Соловьев В. Н. Гражданско-правовое регулирование отношений, возникающих при реализации конституционного права граждан на медицинскую помощь : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Томск, 1999. С. 11.

² Сенюта І. Я. Цивільно-правове регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги: питання теорії і практики : монографія. Львів : Вид-во ЛЮБФ «Медицина і право», 2018. С. 248.

³ Там само. С. 555.

правових послуг і договори на правове обслуговування. На думку Н. В. Козлової, за договором про надання правових послуг правова допомога надається шляхом надання послуг саме фактичного, а не юридичного характеру, оскільки сам по собі договір не породжує у виконавця зобов'язань щодо вчинення для замовника будь-яких правочинів чи інших юридично значимих дій. Натомість договір на правове обслуговування дослідниця кваліфікує як змішаний договір, у змісті якого зазвичай є елементи договору з надання послуг і доручення, коли, разом з фактичними консультаційними послугами, виконавець за дорученням замовника вчиняє правочини та інші юридично значимі дії¹.

Вважаємо, що з цією точкою зору однозначно погодитися неможливо. Дійсно, головна мета надання правових послуг – сприяння реалізації, охороні й захисту прав та інтересів особи. Разом із тим віднесення до дій фактичного характеру консультацій і довідок з правових питань як в усній, так і в письмовій формі, а до юридичних дій – представництво прав та інтересів замовника є помилкою, оскільки результатом як консультаційних послуг, так і представницьких послуг може бути виникнення, зміна чи припинення правових відносин. Водночас результатом надання представницьких послуг можуть бути не правові наслідки, а тільки фактичні дії, зокрема отримання інформації від акціонерного товариства, передача речі, отримання заробітної плати тощо².

Досліджуючи нормативне регулювання діяльності з надання правових послуг, О. М. Шуковська під юридичним обслуговуванням розуміє трудові правовідносини юрисконсульта з підприємством³. Більше того, дослідниця розглядає договори з надання послуг, доручення, агентування і довірчого управління майном як видів договорів з надання правових послуг⁴.

Слід зазначити, що в юридичній літературі трапляються висловлювання з приводу змішаного характеру договору про надання правових послуг у тих випадках, коли до договору включаються умови про

¹ Козлова Н. В. Договор возмездного оказания правовых услуг. *Законодательство*. 2002. № 3–4. С. 40–50.

² Федорченко Н. В. Зобов'язання з надання правових послуг. *Часопис Київ. ун-ту права*. 2013. № 1. С. 184–188.

³ Шуковская О. М. Правовое регулирование деятельности по оказанию правовых услуг : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. С.-Петербург, 2001. 213 с.

⁴ Там само. С. 7.

надання виконавцем замовнику матеріальних результатів його дій або діяльності (письмові консультації та роз'яснення, проекти договорів, заяв, скарг та інших документів правового характеру). Такий договір, на думку окремих вчених, містить елементи підряду та договору про надання послуг¹.

Наведене обумовило законодавчу потребу у закріпленні в ч. 2 ст. 626 ЦК України класифікації цивільно-правових договорів на прості (унітарні) та складні (змішані). У цьому випадку до відносин сторін у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо інше не встановлено договором або не впливає із суті змішаного договору.

На думку В. А. Ойгензіхта, характерна особливість змішаних договорів полягає в тому, що в них все інтегрується в один комплексний об'єкт; у таких договорах виключається застосування норм, які належать не до даного інтегрованого договору². Виходячи з цього, до суттєвих ознак, що характеризують змішані договори, Р. А. Лідовець відносить поєднання елементів різних договорів і виникнення на цій основі двох і більше зобов'язань, до кожного з яких застосовуються правила про відповідний вид зобов'язань³. Прикладом змішаного договору є агентський договір стосовно вчинення двох видів юридичних дій – придбання агентом в інтересах довірителя пакета акцій від власного імені, а також управління цими цінними паперами від імені довірителя. Тобто у наведеному прикладі простежується поєднання комісійних відносин та відносин представництва.

На нашу думку, наведені висловлювання вчених із приводу змішаного характеру договору про надання правових послуг є суперечливими, оскільки сучасне законодавство, яке регламентує надання послуг, уніфіковане для всіх суб'єктів цивільних правовідносин, тому вказаний поділ цивільно-правових договорів про надання правових послуг є недоцільним. Також безпідставним є визначення трудових правовідносин юрисконсульта з підприємством як відносин правового обслуговуван-

¹ Гражданское право : в 2 т. : учебник / отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. Москва : БЕК, 2000. Т. II. Полутом 2. С. 22–23.

² Ойгензіхт В. А. Нетипичные договорные отношения в гражданском праве : учеб. пособие. Душанбе : Изд-во Тадж. ун-та, 1984. С. 6–7.

³ Лідовець Р. А. Змішані договори в цивільному праві України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Острог, 2004. С. 62.

ня. Зазначені правовідносини, як слушно зазначає В. М. Богославець, регулюються трудовим законодавством і, як правило, оформляються трудовим договором. Оскільки трудове право не використовує термін «обслуговування», то його використання не сприяє правильному розумінню змісту таких правовідносин¹.

Не менш дискусійним сьогодні залишається питання розмежування понять «правова допомога» та «правова послуга». Не вдаючись у дискусію щодо пошуку критеріїв розмежування цих понять, вважаємо, що договір про надання правової допомоги як правочин є різновидом цивільно-правових договорів про надання правових послуг. Проте вказаний договір наділений і певними особливостями, такими як підвищена соціальна спрямованість та спеціальний суб'єкт. Тому правовідносини щодо надання правової допомоги, що виникають за призначенням, є публічними правовідносинами. Зважаючи на це, видається доцільним підтримати пропозицію щодо заміни законодавцем інституту призначення захисника договірними правовідносинами, що сприятиме ефективнішій реалізації конституційного права на правову допомогу громадян, а також дотриманню прав самих адвокатів.

Зважаючи на наведене, доцільно зазначити, що договір про надання правових послуг не сформувався як самостійний договірний тип. У зв'язку з цим питання про його правову природу не може бути однозначно вирішене. Тому відносини з надання правових послуг можуть бути опосередковані різними за своєю правовою природою цивільно-правовими зобов'язаннями (з надання послуг, доручення, агентування, довірчого управління майном тощо).

Договірне правовідношення щодо надання правових послуг, будучи цивільно-правовим, володіє рядом особливих рис, що виділяють його з-поміж інших подібних зобов'язань. Такими рисами є: специфічний об'єкт, суб'єктний склад і предмет правовідносин щодо надання правових послуг. Крім того, правовідносини щодо надання правових послуг, будучи схожими з трудовими договорами, підрядом, творчими правовідносинами тощо, відповідають загальним правилам про послуги, тому немає підстав вважати їх змішаними зобов'язаннями.

¹ Богославець В. М. Договори про надання правових послуг : монографія. Івано-Франківськ : Вид-во Прикарпат. нац. ун-ту ім. Василя Стефаника, 2009. С. 44.

Усі вищенаведені договірні конструкції належать до пойменованих договорів у сфері надання послуг, під якими доцільно розуміти такі договірні моделі, основи яких передбачені і закріплені законодавчо. Сторони, укладаючи пойменовані договори, повинні дійти згоди за істотними умовами договору, а решта умов міститься у законодавчому акті, що регулює цей вид договору¹. Разом із тим зазначимо, що сьогодні у сфері зобов'язань, що опосередковують надання послуг, застосовується значна кількість договорів, які не знайшли свого законодавчого закріплення. З цього приводу заслуговує на увагу висновок В. Г. Олюхи, на думку якого, як система цивільного законодавства не вичерпана одним Цивільним кодексом, а включає й інші нормативно-правові акти з питань регулювання цивільно-правових відносин, так і система норм про цивільні договори не може бути зведена до системи договорів².

Доцільно зазначити, що в сучасній юридичній літературі непойменовані договори визначаються як явище тимчасового характеру. Так, Л. В. Мигалюк період непойменованості визначає рамками між моментом виникнення та моментом врегулювання його законодавством. Саме цей проміжок часу для нового не передбаченого законодавством договору, на думку дослідниці, буде періодом непойменованості, а сам договір буде визначатися непойменованим. Тобто авторка доходить висновку про тимчасовий характер самого поняття «непойменованість»³. Слід зазначити, що прикладів вищенаведеного висновку існує чимало. Так, договір з надання аудиторських послуг, який на початковому етапі виникнення і становлення цього виду діяльності був непойменованим договором, після стабілізації цих відносин, зокрема з набранням чинності Законом України «Про аудит фінансової звітності та аудиторську діяльність»⁴ перетворився з непойменованого на пойменовані. Водночас не всі договори проходять такий період становлення та врегулювання законодавством, оскільки нові договори, які в міру своєї поодинокості використання, а у деяких

¹ Резнікова В. В. Правове регулювання посередництва у сфері господарювання (теоретичні аспекти) : монографія. Харків, 2010. С. 252.

² Олюха В. Г. Цивільно-правовий договір: поняття, функції та система : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2003. С. 89–90.

³ Мигалюк Л. В. Непойменовані договори в цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2013. С. 8.

⁴ Про аудит фінансової звітності та аудиторську діяльність : Закон України від 12.12.2017 № 2258-VIII. *Відом. Верхов. Ради України*. 2018. №9. Ст. 50.

випадках і взагалі одноразового використання, не потребують закріплення на законодавчому рівні.

Водночас пойменованість договору в законодавстві визначається не лише згадкою про назву договору або певний вид діяльності, а насамперед вказівкою на предмет, зміст договору, істотні умови. Оскільки відсутність таких вказівок, на думку Є. А. Батлера, дозволяє зробити висновок про його непойменованість, незалежно від того, визначена чи ні законодавством назва такого договору¹. Для прикладу можна навести низку нормативно-правових актів у сфері надання послуг, які передбачають певний вид діяльності і визначають лише загальні положення щодо визначення термінів та дозволених стандартів, не вказуючи при цьому на загальні вимоги змісту самого договору (наприклад, закони України «Про рекламу», «Про інформацію», «Про бухгалтерський облік і фінансову звітність в Україні», «Про вищу освіту» тощо).

Зважаючи на наведене, вважаємо за доцільне запропонувати поділяти непойменовані договори в сфері надання послуг за критерієм відображення їх на законодавчому рівні на непойменовані договори в сфері надання послуг, що певним чином згадані, однак не закріплені в законодавстві, в силу більшого використання, та непойменовані договори взагалі не відображені в актах цивільного законодавства. На цій підставі вважаємо, що систему договорів з надання послуг можна визначити як складну внутрішньоорганізовану структуру таких договорів у межах договірної типу зобов'язань з надання послуг на основі їх ієрархічного поділу на види та різновиди, яка відображає їх диференціацію та взаємопов'язаність.

Питання визнання за учасниками цивільних правовідносин можливості укладення непойменованих договорів у сфері надання послуг є досить актуальним, оскільки при договірному регулюванні відносин з надання послуг питома вага непойменованих договорів є значною. До таких договорів відносять: дистриб'юторський та дилерський договори, договори про надання готельних, фінансових, освітніх, маркетингових, консалтингових, інформаційних послуг, послуг сурогатного материнства, послуг із забезпеченням реєстрації юридичних осіб тощо.

Отже, підсумовуючи вищенаведене, слід зазначити, що за критерієм нормативної визначеності договори з надання послуг поділяються

¹ Батлер Е. А. Непойменованные договоры. Москва : Экзамен, 2008. С. 10.

на такі, що передбачені ЦК України або іншими нормативно-правовими актами (договори перевезення, транспортного експедирування, комісії, доручення, зберігання, позики, кредиту, агентський договір, договір морського буксирування, договір про надання правової допомоги, договір про надання туристичних послуг тощо), та такі, що хоч і не передбачені чинним законодавством, однак поширені в договірній практиці учасників цивільних правовідносин (договори про надання готельних, фінансових, театральних-видовищних, телекомунікаційних, освітніх послуг, послуг з громадського харчування, послуг сурогатного материнства тощо).

Таким чином, до загальних ознак, що об'єднують усі договірні зобов'язання в окрему групу, що опосередковує надання послуг, можна віднести такі:

- 1) діяльність послугодавця не виражається в речовому результаті. Основним результатом при наданні послуг є результат нематеріального характеру, який не втілюється у жодну з матеріальних форм, однак, незважаючи на відсутність матеріальної форми, має економічну цінність та корисний ефект для замовника такої послуги;
- 2) послугодавець не гарантує досягнення передбачуваного результату;
- 3) чинним законодавством не передбачено контролю з боку замовника за процесом надання йому послуги виконавцем, хоча він і можливий за наявності згоди сторін, вираженої в конкретних умовах договору;
- 4) споживання посередницької послуги відбувається в процесі її надання.

5.2. Загальні положення про договори з надання транспортних послуг

Цивільний кодекс України, прийнятий Верховною Радою України 16 січня 2003 р., який набрав чинності 1 січня 2004 р., є одним із найбільш прогресивних кодифікованих актів, який введенням низки новел зумів переформатувати регулювання особистих немайнових та майно-

вих відносин на приватноправові засади. Проте понад сімнадцятирічний досвід застосування норм Цивільного кодексу України та набуття чинності Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом зумовлює потребу перегляду норм кодифікованого акта цивільного законодавства, в тому числі щодо договорів про надання транспортних послуг, під кутом зору їх відповідності сучасній динаміці розвитку таких відносин.

Так, відповідно до Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом одним із пріоритетних напрямів розвитку законодавства України в сфері надання транспортних послуг є його максимальне наближення до норм *acquis communautaire*. Проте процес гармонізації законодавства України в сфері надання транспортних послуг ускладнюється наявністю великої кількості різних за юридичною силою нормативно-правових актів, частина яких є застарілими і не відповідають сучасній динаміці розвитку договірних відносин, а також різними законодавчими підходами щодо закріплення договірних конструкцій, що опосередковують надання транспортних послуг, в кодифікованих актах приватного права. Водночас можна констатувати, що в механізмі правового регулювання договірних відносин з надання транспортних послуг досі пріоритетним залишається забезпечення правового захисту надавача транспортної послуги, а не її замовника, в тому числі фізичної особи-споживача. Тоді як у ст. 3 Конституції України закріплено, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю. Крім того, концептуального перегляду потребує законодавчий підхід щодо балансу застосування диспозитивного та імперативного методів правового регулювання приватноправових відносин у сфері надання транспортних послуг¹.

Зазначене вище надає можливість стверджувати про доцільність теоретичного осмислення шляхів вирішення окресленої проблематики в науковому дослідженні та потребу нової редакції окремих норм гл. 64 ЦК України, оновлення договірного законодавства України в сфері надання транспортних послуг.

Загалом варто відзначити, що більшість норм гл. 64 ЦК України відображають найбільш сталі положення щодо регулювання договірних

¹ Лукасевич-Крутник І. С. Договірні зобов'язання з надання транспортних послуг у цивільному праві України : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Тернопіль, 2019. С. 1.

відносин з надання транспортних послуг, зокрема перевезення. Проте окремі з них, безумовно, потребують перегляду.

Так, договорам перевезення присвячена окрема глава у кодифікованому акті цивільного законодавства України, однак загального поняття договору перевезення в ньому не закріплено. ЦК України не є винятком, адже відсутність загального визначення поняття договорів перевезення характерне для цивільних кодексів багатьох європейських країн (наприклад, ЦК Чеської Республіки, ЦК Латвійської Республіки, ЦК Литовської Республіки тощо).

Натомість в ЦК Республіки Польща закріплена дефініція договору перевезення. Так, згідно зі ст. 774 за договором перевезення перевізник зобов'язується, у сфері своєї справи, перевозити людей або товари за винагороду. Норми ЦК Республіки Польща застосовуються до перевезення окремих видів транспорту тільки в тому разі, якщо такі перевезення не регулюються окремими правилами¹. В ЦК Республіки Молдова також закріплено загальне визначення поняття договору перевезення. Зокрема, за цим договором одна сторона (перевізник) зобов'язується перед іншою стороною (пасажиром або відправником) перевезти пасажирів і багаж або вантаж до пункту призначення замість домовленої плати, щодо якої зобов'язується інша сторона. Безкоштовні перевезення осіб або речей, за винятком перевезення в рамках підприємницької діяльності, що здійснюється особою, яка публічно надає транспортні послуги, не регулюються положеннями ЦК Республіки Молдова, при цьому на перевізника покладається тільки обов'язок обачності і старанності (ст. 980)².

З'ясувавши поняття договору перевезення згідно з положеннями ЦК окремих європейських країн, вважаємо за доцільне запропонувати авторське визначення договору перевезення, яке зможе охопити найбільш загальні ознаки договорів перевезення³. Так, за договором пере-

¹ Kodeks cywilny Rzeczypospolitej Polskiej : Ustawa z dnia 23.04.1964. URL: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19640160093/U/D19640093Lj.pdf> (дата звернення: 01.02.2020).

² Гражданский кодекс Республики Молдова : Закон от 6 июня 2002 г. № 1107-XV. URL: <http://lex.justice.md/ru/325085/> (дата звернення: 01.02.2020).

³ Під договорами перевезення пропонуємо розуміти групу як поійменованих, так і неіменованих договірних конструкцій, об'єднаних єдиною правовою природою, що проявляється у спрямованості правового результату, яким є переміщення певного об'єкта за допомогою транспортних засобів. Договори перевезення як група основних договорів з надання транспортних послуг характеризуються оплатністю та двосторон-

везення одна сторона (перевізник) зобов'язується на замовлення іншої сторони (замовника) надати транспортну послугу, яка споживається в процесі здійснення діяльності щодо перевезення, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором. Такою дефініцією пропонуємо доповнити положення ч. 1 ст. 908 ЦК України¹.

У ч. 1 ст. 908 ЦК України зазначається, що перевезення вантажу, пасажирів, багажу, пошти здійснюється за договором перевезення. Варто зазначити, що до недавнього часу договір перевезення пошти мав спеціальне правове регулювання, зокрема, наказ Міністерства зв'язку України та Міністерства транспорту України від 12 березня 1997 р. № 32/76 «Про затвердження Правил перевезення пошти автомобільним транспортом»², наказ Державного комітету зв'язку та інформатизації України та Міністерства транспорту України від 8 червня 1999 р. № 105/297 «Про затвердження Правил перевезення пошти повітряними суднами»³. Проте на підставі наказу Міністерства інфраструктури України від 28 листопада 2013 р. № 957 «Про визнання такими, що втратили чинність, деяких наказів Міністерства зв'язку України, Міністерства транспорту України та Державного комітету зв'язку та інформатизації України»⁴ ці акти втратили чинність, тоді як інші досі не прийняті.

У Правилах перевезення пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом України від 27 листопада 2006 р. № 1196

ністю, залежно від різновиду конкретного договору можуть бути як консенсуальними, так і реальними (див.: Лукасевич-Крутник І. С. Договірні зобов'язання з надання транспортних послуг у цивільному праві України : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Тернопіль, 2019. С. 153–154.

¹ Лукасевич-Крутник І. С. Договірні зобов'язання з надання транспортних послуг у цивільному праві України : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Тернопіль, 2019. С. 154.

² Правила перевезення пошти автомобільним транспортом : наказ М-ва зв'язку України та М-ва транспорту України від 12 берез. 1997 р. № 32/76. *Офіц. вісн. України*. 1997. № 22. С. 93 (втратив чинність 30.12.2013 р.)

³ Правила перевезення пошти повітряними суднами : наказ Держ. комітету зв'язку та інформатизації України та М-ва транспорту України від 8 черв. 1999 р. № 105/297. *Офіц. вісн. України*. 1999. № 27. С. 331. Ст. 1364 (втратив чинність 30.12.2013 р.)

⁴ Про визнання такими, що втратили чинність, деяких наказів Міністерства зв'язку України, Міністерства транспорту України та Державного комітету зв'язку та інформатизації України : наказ М-ва інфраструктури України від 28 листоп. 2013 р. № 957. *Офіц. вісн. України*. 2012. № 99. С. 138. Ст. 3646.

лише зазначається, що «перевезення пошти залізницями України здійснюється на договірних засадах» (п. 1.3)¹. Окремі аспекти договірних відносин щодо перевезення пошти регулюються розд. V СВВТ СРСР та розд. IV САГ УРСР, які не відповідають правовим засадам кодифікованого акта цивільного законодавства.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про поштовий зв'язок» від 4 жовт. 2001 перевезення є однією зі складових послуги поштового зв'язку поряд з обробкою та доставкою (врученням) поштових відправлень, виконанням доручень користувачів щодо поштових переказів, банківських операцій, спрямованих на задоволення потреб користувачів².

Таким чином, можна зробити висновок, що в умовах євроінтеграційних процесів договір перевезення пошти стає складовою послуги поштового зв'язку. Це пояснює відсутність у законодавстві України дефініції договору перевезення пошти та втрату чинності нормативно-правових актів, які до недавнього часу регулювали перевезення пошти окремими видами транспорту. Не вважаючи за доцільне закріплення поняття цього договору на законодавчому рівні, в доктрині приватного права пропонуємо вважати, що за договором перевезення пошти оператор поштового зв'язку за оплату зобов'язується доставити передане користувачем поштове відправлення за вказаною адресою.

Відповідно до ч. 2 ст. 908 ЦК України загальні умови перевезення визначаються цим Кодексом, іншими законами, транспортними кодексами (статутами), іншими нормативно-правовими актами та правилами, що видаються відповідно до них. Таке формулювання окреслює широке коло нормативно-правових актів, які містять норми, що регулюють договірні відносини з надання транспортних послуг. За юридичною силою по вертикалі їх можна розмістити так: ЦК України, транспортні кодекси, спеціальні закони у цій сфері, статути, інші нормативно-правові акти та правила, що видаються відповідно до них. При цьому варто зауважити, що в нормах ЦК України статути зазначаються в дужках поряд з транспортними кодексами, що може спри-

¹ Правила перевезення пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом України : наказ М-ва транспорту та зв'язку України від 27 листоп. 2006 р. № 1196. *Офіц. вісн. України*. 2007. № 26. С. 51. Ст. 1065.

² Про поштовий зв'язок : Закон України від 4 жовт. 2001 р. № 2759-III. *Відом. Верхов. Ради України*. 2002. № 6. Ст. 39.

чинити хибне уявлення про їх юридичну силу. Адже статuti є підзаконними нормативно-правовими актами, а не законами.

Зазначена система нормативно-правових актів є залишком радянського права, де правове регулювання транспортних послуг здебільшого здійснювалося на рівні підзаконних нормативно-правових актів, які приймалися тогочасним урядом (транспортні статuti та кодекси) та транспортними міністерствами (правила перевезень).

Така система правового регулювання договірних відносин з перевезень вантажів, пасажирів і багажу, коли основний пласт правовідносин регламентувався не законом, а підзаконними нормативними актами уряду і відомчими нормативними актами транспортних міністерств, створювала сприятливий ґрунт для реалізації відомчих інтересів на шкоду правам і законним інтересам пасажирів, вантажовідправників і вантажоодержувачів, що знайшло своє вираження в численних правилах, які страждали, за влучним висловом М. І. Брагинського, явним «перекосом» на користь транспортних організацій¹.

До статутів, які на сьогодні регулюють договірні відносини з надання транспортних послуг, відносять: Статут залізниць України (далі – СЗ України), затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 6 квітня 1998 р. Також досі залишаються чинними на території України Статут внутрішнього водного транспорту Союзу Радянських Соціалістичних Республік (далі – СВВТ СРСР), затверджений постановою Ради Міністрів СРСР від 15 жовтня 1955 р. та Статут автомобільного транспорту Української Радянської Соціалістичної Республіки (далі – САТ УРСР), затверджений постановою Ради Міністрів СРСР від 27 червня 1969 р. Такі нормативно-правові акти значною мірою не відповідають сучасній динаміці договірних відносин з надання транспортних послуг, що значно ускладнює їх правове регулювання.

Ураховуючи євроінтеграційні тенденції розвитку законодавства в сфері надання транспортних послуг, система нормативно-правових актів, що регулюють договірні відносини з надання транспортних послуг, повинна зазнати якісних змін. Очевидно, статuti повинні бути замінені спеціальними законами у сфері перевезень.

Серед дефінітивних норм гл. 64 ЦК України передусім варто звернути увагу на закріплене поняття договору перевезення вантажу. Так, за до-

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Договоры о перевозке, буксировке, транспортной экспедиции и иных услугах в сфере транспорта. Москва : Статут, 2003. Кн. 4. С. 58.

говором перевезення вантажу одна сторона (перевізник) зобов'язується доставити довірений їй другою стороною (відправником) вантаж до пункту призначення та видати його особі, яка має право на одержання вантажу (одержувачеві), а відправник зобов'язується сплатити за перевезення вантажу встановлену плату (ч. 1 ст. 909 ЦК України).

Щоправда, в законодавстві України закріплено й інші визначення поняття цього договору. Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 307 ГК України у дефініції договору перевезення вантажу вводяться дещо інші назви учасників цивільних відносин – вантажовідправник, вантажодержувач, які найчастіше вживаються у чинних досі актах законодавства радянського періоду, а також закріплюється строк як істотна умова договору. На нашу думку, така виражена відмінність в дефініціях одного і того самого поняття має бути усунена з урахуванням змісту ч. 2 ст. 9 ЦК України, згідно з якою *особливості* (курсив наш. – *І. Л.-К.*) регулювання майнових відносин у сфері господарювання можуть бути передбачені законом. Оскільки в понятті договору перевезення вантажу, визначеному ГК України, не закріплюються особливості регулювання, пропонуємо внести зміни до законодавства України і положення норми ч. 1 ст. 307 ГК України привести у відповідність до норми ч. 1 ст. 909 ЦК України.

Як слушно зазначає з цього приводу О. Ф. Скакун, прийняті закони повинні термінологічно зістиковуватися між собою і містити бездоганні дефініції, єдині, наскрізні для всієї галузі законодавства. Понятійний апарат усіх галузей права повинен мати «модельні» терміни і визначення, що виражають найзагальніші і водночас найістотніші ознаки предмета або явища. Поняття можуть набувати подальшого розвитку в галузевих нормативних актах, однак уточнене визначення все одно має спиратися на основну (базову) дефініцію¹. Прикладом останнього є закріплене у ст. 133 Кодексу торговельного мореплавства України поняття договору морського перевезення вантажу, яке відображає базове поняття договору перевезення вантажу за ЦК України і вводить нову термінологію, яка відображає особливості сфери застосування, із паралельним зазначенням базової термінології.

Якісного оновлення потребує договірне законодавство в сфері перевезення пасажирів. Норма-дефініція закріплює поняття договору

¹ Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підручник / пер. з рос. Харків : Консум, 2001. С. 511.

перевезення пасажирів та багажу у ч. 1 ст. 910 ЦК України, згідно з якою за договором перевезення пасажирів одна сторона (перевізник) зобов'язується перевезти другу сторону (пасажирів) до пункту призначення, а в разі здавання багажу – також доставити багаж до пункту призначення та видати його особі, яка має право на одержання багажу, а пасажир зобов'язується сплатити встановлену плату за проїзд, а у разі здавання багажу – також за його провезення.

Більшість нормативно-правових актів, які зазначають поняття договору перевезення пасажирів та багажу, повторюють закріплену у ч. 1 ст. 910 ЦК України дефініцію. Проте певні зауваження викликає легальне визначення договору перевезення пасажирів та багажу морським транспортом, закріплене у ст. 184 Кодексу торговельного мореплавства України. По-перше, назва договору та відповідної статті вказує лише на договір морського перевезення пасажирів, тоді як зі змісту випливає, що йдеться про поняття договору перевезення пасажирів та багажу. По-друге, у змісті поняття додатково закріплюється одне із прав пасажирів перевозити з собою безоплатно ручну поклажу в межах норм, встановлених транспортними кодексами (статутами) (п. 4 ч. 1 ст. 911 ЦК України). В розрізі сказаного варто погодитись із позицією Н. В. Федорченко, що в узагальненому вигляді під визначенням поняття будь-якого цивільно-правового договору слід розуміти встановлення, розпізнання за певними ознаками та закріплення суттєвих властивостей договору¹. Тому вважаємо закріплення у дефініції перевезення пасажирів та багажу одного із прав пасажирів недоречним, воно не відображає суттєвих властивостей договору. Таким чином, і назва, і законодавче визначення договору морського перевезення пасажирів повинні бути приведені у відповідність до модельної дефініції, закріпленої в ст. 910 ЦК України.

Загалом у ч. 1 ст. 911 ЦК України закріплено загальний перелік семи прав пасажирів, які належать фізичній особі як стороні договору перевезення пасажирів та багажу при споживанні нею транспортної послуги будь-яким видом транспорту. Звернемо увагу на проблемні моменти правового регулювання та механізму реалізації цих прав, які потребують оновлення.

ЦК України закріплює право пасажирів перевозити з собою безоплатно одну дитину віком до шести років без права зайняття нею окремого

¹ Федорченко Н. В. Поняття та ознаки договору про надання послуг. *Бюл. М-ва юстиції України*. 2014. № 12. С. 102.

місяця (п. 2 ч. 1 ст. 911 ЦК України). Оскільки строк, визначений роками, спливає у відповідні місяць та число останнього року строку (ст. 254 ЦК України), то, відповідно, цим правом пасажир може скористатись до дня виповнення дитині шестирічного віку.

У більшості нормативно-правових актів, що регулюють договірні відносини з надання транспортних послуг, немає єдиного підходу до врегулювання цього питання. Для пасажирів залізничного та морського транспорту таке право закріплене відповідно до положень ЦК України¹. Тоді як у нормативно-правових актах, що регулюють договірні відносини з надання транспортних послуг іншими видами транспорту, вік дитини, яка може безоплатно проїжджати без права займати окреме місце, визначено як «дошкільний» або ж коливається від 2 до 7 років.

Зазначена правова колізія яскраво виражена в нормативно-правових актах, які регулюють договірні відносини перевезення пасажирів автомобільним транспортом. Зокрема, Закон України «Про автомобільний транспорт» у абз. 2 ч. 1 ст. 41 закріплює право пасажирів безоплатно провозити з собою на автобусних маршрутах загального користування одну дитину дошкільного віку без надання їй окремого місця. Натомість відповідно до абз. «б» п. 82 САТ УПСР пасажир має право провозити з собою безоплатно в автобусах міських та приміських маршрутів і в маршрутних таксомоторах одну дитину віком до 7 років включно, а в автобусах міжміських маршрутів при дорослому пасажирі – одну дитину віком до 5 років включно без зайняття нею окремого місця. Тоді як Правила надання послуг пасажирського автомобільного транспорту закріплюють право пасажирів автобуса безоплатно перевозити з собою одну дитину віком до шести років без права зайняття нею окремого місця (п. 159) та право пасажирів таксі перевозити на руках дитину дошкільного віку на задньому сидінні (п. 156).

При отриманні транспортних послуг річковим транспортом пасажир має право перевозити разом з собою безоплатно дитину «в віці не

¹ Пп. 2.31, 37.1 (див.: Правила перевезення пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом України : наказ М-ва транспорту та зв'язку України від 27 груд. 2006 р. № 1196. *Офіц. вісн. України*. 2007. № 26. С. 51. Ст. 1065); п. 60 (див.: Порядок обслуговування громадян залізничним транспортом : постанова Каб. Міністрів України від 19 берез. 1997 р. № 252. *Уряд. кур'єр*. 1997. 3 квіт.); ст. 190 (див.: Кодекс торговельного мореплавства України : Закон України від 23 трав. 1995 р. № 176/95-ВР. *Відом. Верхов. Ради України*. 1995. № 47. Ст. 349).

старше 5 років, якщо вона не займає окремого місця» (п. 110 СВВТ СРСР), тоді як при отриманні послуг міським електротранспортом – до 7 років (п. 33 Правил надання населенню послуг з перевезень міським електротранспортом).

При перевезенні повітряним транспортом без надання окремого місця перевозяться діти віком до 2 років, яких називають немовлятами (англ. infant – INF). Кожний дорослий пасажир має право на перевезення з собою тільки одного немовляти без надання окремого місця. При цьому одному дорослому пасажирові дозволяється перевозити з собою не більше двох немовлят – одного без надання окремого місця, а другого на окремому місці, з оплатою такого перевезення за правилами, що встановлені перевізником для перевезення дітей віком від 2 до 12 років (пп. 1, 2, 7 гл. 2 розд. VIII Правил повітряних перевезень та обслуговування пасажирів і багажу).

Така різноманітність законодавчих положень потребує узгодження. На нашу думку, зниження чи підвищення вікової межі, до досягнення якої дитина може перевозитись безоплатно без права зайняття нею окремого місця, можливе за умови, що цього вимагають правила безпеки руху. Тому, на нашу думку, зниження цього віку до 2-х років при здійсненні перевезення пасажирів повітряним транспортом є зрозумілим без зайвих наукових обґрунтувань. Проте таке положення має відображатися в нормах ЦК України. Адже права пасажирів закріплені у ст. 911 ЦК України для перевезення усіма видами транспорту. Тоді як коливання віку формулювання «дошкільний вік» та «до досягнення 5-річного чи 7-річного віку» видаються такими, що не приведені у відповідність до положень ст. 911 ЦК України. Тому пропонуємо з метою узгодження законодавства України в сфері перевезення пасажирів п. 2 ч. 1 ст. 911 ЦК України викласти в такій редакції: «2) перевозити з собою безоплатно одну дитину віком до шести років без права зайняття нею окремого місця, а при здійсненні перевезення повітряним транспортом – до 2-х років». А п. 110 СВВТ СРСР, п. 33 Правил надання населенню послуг з перевезень міським електротранспортом, п. 156 Правил надання послуг пасажирського автомобільного транспорту, абз. 2 ч. 1 ст. 41 Закону України «Про автомобільний транспорт», абз. «б» п. 82 САТ УРСР викласти у такій редакції: «перевозити з собою безоплатно одну дитину віком до шести років без права зайняття нею окремого місця».

Пасажи́р має право купувати для дітей віком від шести до чотирнадцяти років дитячі квитки за пільговою ціною (п. 3 ч. 1 ст. 911 ЦК України). З придбанням такого квитка дитина отримує право займати місце на рівні з іншими дорослими пасажирами. Вік дитини, що дає право на знижку вартості проїзду, визначається на дату початку перевезення від пункту відправлення.

Зазначене право теж не отримало однозначного закріплення у нормативно-правових актах, що регулюють договірні відносини з надання транспортних послуг. Так, у сфері перевезення морським транспортом таке право пасажира закріплено відповідно до положень ЦК України (п. 1 ч. 1 ст. 190 ЦК України), тоді як у сфері перевезення річковим та автомобільним транспортом воно не знайшло свого закріплення. Натомість у сфері перевезення залізничним транспортом таке право пасажира закріплено опосередковано через формулювання «перевезення дитини від 6 до 14 років здійснюється за дитячими проїзними документами» (п. 2.33 Правил перевезення пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом України), а в сфері перевезення повітряним транспортом вік дитини для пільгового перевезення знижено до 12 років (п. 1 гл. 2 розд. IX Правил повітряних перевезень та обслуговування пасажирів і багажу).

Очевидно, норми законодавства України, що закріплюють права пасажирів, мають бути приведені у відповідність до положень п. 3 ч. 1 ст. 911 ЦК України. В цьому контексті особливо варто звернути увагу на формулювання п. 1 гл. 2 розд. IX Правил повітряних перевезень та обслуговування пасажирів і багажу, відповідно до якого «дітьми на повітряному транспорті вважаються немовлята (infant – INF) до 2 років та діти (children – CHD) віком від 2 до 12 років». Адже таке формулювання суперечить не лише нормам ЦК України, а й положенням Конвенції ООН про права дитини від 20 листопада 1989 р.¹, відповідно до ст. 1 якої дитиною є кожна людська істота до досягнення 18-річного віку, якщо за законом, що застосовується до даної особи, вона не досягає повноліття раніше. На підставі зазначеного пропонуємо привести п. 1 гл. 2 розд. VIII Правил повітряних перевезень та обслуговування пасажирів і багажу до положень міжнародного та національного законодавства і викласти її у такій редакції: «Право на пільговий проїзд мають немовлята (INF) до

¹ Конвенція ООН про права дитини від 20 листопада 1989 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021 (дата звернення: 01.03.2020).

2 років та діти (CHD) віком від 2 до 14 років» з подальшою зміною у гл. 2 зазначеного акта 12-річного віку на 14-річний.

Пасажира має право перевозити з собою безоплатно ручну поклажу в межах норм, встановлених транспортними кодексами (статутами) (п. 4 ч. 1 ст. 911 ЦК України). До речі, термін «ручна поклажа» в окремих актах замінюється терміном «ручна кладь» (зокрема, положення САТ УРСР, СВВТ СРСР), що, очевидно, потребує внесення відповідних змін з метою дотримання єдиної термінології. Про «ручну кладь» згадується також у ч. 2 ст. 349 Кодекс торговельного мореплавства України, яка присвячена обмеженню відповідальності судновласника. Проте серед прав пасажира Кодекс торговельного мореплавства України закріплює право перевозити з собою не ручну поклажу, а каютний багаж безкоштовно в межах установлених норм. Очевидно, термін «каютний багаж» в контексті вказаного вживається як синонім ручної поклажі (ст. 190). Проте в такому випадку незрозумілим є застосування в ст. 349 цього самого Кодексу терміна «ручна кладь» і яка її відмінність від «каютного багажу». На нашу думку, це чергова недосконалість законодавчої термінології. Така колізія в правовому регулюванні договірних відносин з надання транспортних послуг повинна бути вичерпана шляхом закріплення у положеннях Кодекс торговельного мореплавства єдиного терміна – «ручна поклажа» та в абз. 2 п. 1 ст. 190 Кодексу торговельного мореплавства України права пасажира перевозити з собою безоплатно ручну поклажу та її максимальні норми.

Відповідно до положень ст. 911 ЦК України норми ручної поклажі встановлюються транспортними кодексами (статутами). Проте, незважаючи на більш ніж 15-річний строк чинності норм ЦК України, це положення так і не впроваджене в законотворчу практику, і норми ручної поклажі визначаються підзаконними нормативно-правовими актами¹. Наприклад, Повітряний кодекс України (далі – ПК України)

¹ Так, при перевезенні автомобільним транспортом розміри ручної поклажі визначені абз. 17 п. 2, п. 159 Правил надання послуг пасажирського автомобільного транспорту і не повинні перевищувати 60х40х20 сантиметрів, вагою до 10 кілограмів включно. При перевезенні залізничним транспортом розміри ручної поклажі визначаються п. 15.1 Правил перевезення пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом України, згідно з яким кожний пасажир має право безоплатно перевозити з собою у вагоні ручну поклажу вагою до 36 кг на повний, пільговий, дитячий, у тому числі безплатний проїзний документ, якщо її розмір за сумою трьох вимірів не перевищує 200 см.

норм ручної поклажі не визначає. Вони визначені відповідно до положень гл. 2 розд. XI Правил повітряних перевезень та обслуговування пасажирів і багажу, згідно з якими загальна вага незарєстрованого багажу (ручної поклажі) не має перевищувати 7 кг, якщо інше не встановлено правилами авіаперевізника. Таке формулювання надає право авіаційним перевізникам самостійно визначати норми ручної поклажі. Більше того, зазначені правила також закріплюють право авіаперевізника стягувати додаткову оплату за перевезення речей пасажирів (незалежно від їх найменування), розмір, вага яких не відповідає вимогам правил авіаперевізника.

Надання підзаконним нормативно-правовим актом права нормотворення авіаційним перевізникам видається необґрунтованим та таким, що суперечить положенням п. 4 ч. 1 ст. 911 ЦК України, де чітко зазначено, в законодавчих актах якої юридичної сили повинні бути закріплені відповідні вимоги. Зрештою, встановлення норм ручної поклажі кожним перевізником індивідуально може спричинити зловживання з їх боку. Наприклад, авіакомпанія Міжнародні авіалінії України з 15 січня 2019 р. змінила правила перевезення ручної поклажі на власних рейсах. Пасажири мають право перевозити безкоштовно – лише один великий предмет ручної поклажі розмірами до 55x40x20 см. Додаткове місце ручної поклажі розмірами до 40x30x10 см буде коштувати 15 EUR. Для пасажирів, які купуватимуть квитки за тарифом, який передбачає перевезення зарєстрованого багажу, а також для пасажирів бізнес-класу – правила залишаються незмінними і додатково до реєстрованого багажу можна безкоштовно взяти 2 предмети ручної поклажі – один до 55x40x20 см і другий – до 40x30x10 см¹.

На підставі наведеного вище вважаємо доцільним встановити єдині вимоги щодо максимальної ваги та розмірів ручної поклажі при перевезенні національними перевізниками в нормах транспортних кодексів та спеціальних законів у сфері перевезення певним видом транспорту.

Значний інтерес викликає право зробити не більше однієї зупинки в дорозі з подовженням строку чинності проїзних документів (квитка) не більше ніж на десять діб, а в разі хвороби – на весь час хвороби

¹ МАУ внесла зміни у правила перевезення ручної поклажі! З 15 січня безкоштовно лише одне місце поклажі! / Головна сторінка Lowcost Avia. URL: <http://lowcostavia.com.ua/mau-zminyuye-pravylya-perevezennya-ruchnoyi-poklazi-z-15-sichnya-bezkoshtovno-lyshe-odne-mistse-poklazi/> (дата звернення: 01.03.2020).

(п. 5 ч. 1 ст. 911 ЦК України). В юридичній літературі аналізу цього права пасажир не приділяється багато уваги. Та й в нормах права, які регулюють договірні відносини з надання транспортних послуг на окремих видах транспорту, зокрема автомобільному та морському, не закріплюється ні таке право, ні механізм його реалізації.

Натомість при отриманні транспортної послуги залізничним транспортом послідовність реалізації такого права чітко визначена Правилами перевезення пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом України. Відповідно до п. 8.2, 8.3 зазначених Правил пасажир має право один раз здійснити зупинку на будь-якій проміжній станції, розташованій на маршруті виданого пасажиром проїзного документа. У разі зупинки на проміжній станції пасажир повинен не пізніше однієї години після прибуття поїзда пред'явити свій проїзний документ черговому по вокзалу, начальнику станції або начальнику вокзалу для поставлення відмітки «Зупинка з продовженням терміну дійсності квитка». Продовжити поїздку пасажир може в строк не пізніше 10 діб після відправлення поїзда, з яким він прибув на станцію переривання поїздки. Нова поїздка за цим проїзним документом оформляється від станції, на якій пасажир здійснив зупинку, або станції, розташованої далі на маршруті прямування. Якщо зупинка була здійснена з причини захворювання, то продовжити поїздку пасажир може в строк не пізніше 10 діб після закінчення лікування, після пред'явлення медичної довідки з місця лікування чи лікарняного листа.

У нормативній базі, яка регулює перевезення річковим транспортом, досліджуваному праву присвячено мало уваги. Зокрема, на законодавчому рівні закріплено, що пароплавання зобов'язане продовжити термін придатності проїзного квитка: у випадку хвороби пасажир – на весь час хвороби (при наданні довідки з лікувального закладу); при поїздки на відстань не менше ніж на 500 км – на одну зупинку в дорозі строком не більше, ніж на 10 діб. Пасажир зобов'язаний до відходу судна, але не пізніше ніж через годину після прибуття судна, заявити про зупинку начальнику порту, пристані або вокзалу, яким повинна бути зроблена на квитку відповідна відмітка (абз. «в», «г» п. 112 СБВТ СРСР). Із зазначеної норми випливає, що поза законодавчим регулюванням залишилося право продовжити чинність проїзного квитка в разі хвороби – на весь час хвороби, та й встановлення від-

стані «не менше ніж 500 км» ставить додаткові умови для застосування права порівняно з п. 5 ч. 1 ст. 911 ЦК України.

У нормативно-правових актах, які регулюють договірні відносини з надання транспортних послуг на повітряному транспорті, законодавець не закріплює право пасажирів на зупинку з продовженням строку чинності квитка. Відповідно до розд. IV Правил повітряних перевезень та обслуговування пасажирів і багажу зупинка на маршруті (stopover) можлива лише за умови попереднього узгодження між перевізником і пасажиром та зазначення у квитку, а не на власний розсуд чи потребу пасажирів. Під нею варто розуміти зупинку в будь-якому пункті, крім пунктів відправлення та призначення. Якщо пасажир має квиток, виданий за нормальними тарифами, зупинки протягом строку чинності квитка дозволяється робити у будь-якому пункті маршруту. Якщо пасажир має квиток, виданий за спеціальним тарифом, і здійснює зупинку, то з пасажирів може стягуватися за це додаткова плата. Таке формулювання фактично звужує передбачене п. 5 ч. 1 ст. 911 ЦК України право пасажирів «зробити не більше однієї зупинки в дорозі з подовженням строку чинності проїзних документів (квитка) не більше ніж на десять діб».

Водночас у правилах закріплена можливість продовження строку чинності квитка незалежно від виду застосованого тарифу у разі хвороби не лише пасажирів, а й «члена його родини, що подорожує разом з ним на повітряному судні за умови пред'явлення відповідної довідки закладу охорони здоров'я» (п. 1 гл. 5 розд. III). Таке формулювання є дещо ширшим порівняно з положеннями п. 5 ч. 1 ст. 911 ЦК України. Адже відповідно до положень ЦК України хвороба члена родини пасажирів, що подорожує разом з ним на повітряному судні, не є підставою для зупинки з продовженням строку чинності квитка. Проте такий підхід видається людиноцентричним та виправданим. Тому пропонуємо поширити його на перевезення усіма видами транспорту шляхом закріплення його серед загальних прав пасажирів і викласти п. 5 ч. 1 ст. 911 ЦК України в такій редакції: «зробити не більше однієї зупинки в дорозі з подовженням строку чинності проїзних документів (квитка) не більше ніж на десять діб, а в разі хвороби пасажирів чи членів його родини, що подорожує разом з ним на транспортному засобі – на весь час хвороби».

Таким чином, законодавча база, що регулює відносини перевезення пасажирів та багажу, містить низку неузгодженостей щодо закріпле-

ного ЦК України права пасажера зробити одну зупинку в дорозі з продовженням строку чинності проїзних документів (квитка) не більше ніж на десять діб, а в разі хвороби – на весь час хвороби. Тому пропонуємо закріпити єдиний підхід до механізму реалізації даного права в нормативно-правових актах, які регулюють договірні відносини з надання транспортних послуг, відповідно до запропонованої вище редакції п. 5 ч. 1 ст. 911 ЦК України.

Ще одним правом пасажера, закріпленим в кодифікованому акті цивільного законодавства, є право відмовитися від поїздки, повернути квиток і одержати назад повну або часткову вартість квитка – залежно від строку здавання квитка згідно з правилами, встановленими транспортними кодексами (статутами) (п. 6 ч. 1 ст. 911 ЦК України).

Як зауважує О. С. Касаткіна, національно-правові норми, що регулюють перевезення пасажера та багажу на різних видах транспорту, повинні бути сформульовані як можна більш детально¹. Серед усіх прав пасажера, закріплених ЦК України, зазначене вище право пасажера найбільш деталізовано в законодавчій базі.

Так, реалізації досліджуваного права у КТМ України присвячена окрема ст. 188, відповідно до якої пасажир має право в будь-який час до відходу судна, а після початку рейсу – в будь-якому порту, в який судно зайде для посадки або висадки пасажирів, відмовитись від договору морського перевезення. Пасажир, який повідомив перевізника про відмову від перевезення, має право отримати назад плату за проїзд і провіз багажу в порядку і строки, встановлені центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері транспорту. Проте Міністерством інфраструктури такі строки не визначено.

Якщо пасажир відмовився від перевезення не пізніше строку, встановленого правилами перевезення, або не з'явився до відходу судна через хворобу, або відмовився до відходу судна від перевезення з цієї самої причини з пред'явленням відповідного документа або з причин, що залежать від перевізника, пасажир повертається вся внесена ним плата за проїзд і провіз багажу. Правила перевезення пасажирів морським транспортом не прийнято, тому механізм реалізації права паса-

¹ Касаткіна А. С. Договор перевозки пассажира и багажа в международном частном праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Москва, 2013. С. 7.

жирів на повернення коштів за невикористаний квиток при перевезенні морським транспортом залишається неврегульованим.

Що стосується автомобільного транспорту, транспортного кодексу для цього виду транспорту, як відомо, не прийнято. Натомість продовжує діяти САТ УРСР, відповідно до підп. «ж» п. 82 якого закріплюється загальне для всіх випадків право пасажира при поверненні квитка в касу автовокзалу (автостанції) не пізніше ніж за 2 години до відправлення автобуса (маршрутного таксомотора) одержати повну вартість проїзду за вирахуванням сплаченого ним збору за попередній продаж, а при поверненні квитка пізніше цього строку, але до відходу автобуса (таксомотора), одержати вартість проїзду за вирахуванням 15 процентів його вартості і збору за попередній продаж.

Проте Правила надання послуг пасажирського автомобільного транспорту встановлюють інші правила реалізації зазначеного права пасажира, порівняно з нормами САТ УРСР. Відповідно до п. 136 зазначених Правил у разі повернення квитка на автобус міжміського або міжнародного сполучення у строк за дві години або менш як за одну добу до його відправлення особі повертається сплачена сума, крім плати за продаж квитків, збору за попередній продаж квитків та 10 відсотків вартості проїзду. У разі повернення квитка на зазначений автобус пізніше ніж за дві години, але не пізніше ніж за 10 хвилин до відправлення автобуса, передбаченого розкладом руху, пасажирові повертається сплачена сума, крім плати за продаж квитків, збору за попередній продаж квитків та 20 відсотків вартості проїзду, а у разі повернення квитка пізніше ніж за 10 хвилин до відправлення автобуса повернення відбувається з вирахуванням 30 відсотків вартості проїзду. Із зазначеного вище простежується колізія норм між спеціалізованими нормативно-правовими актами, які регулюють договірні відносини з надання транспортних послуг у сфері одного виду транспорту – автомобільного.

Проте ще більше зауважень викликає визначення на нормативному рівні, що регулює надання транспортних послуг, підстав, за наявності яких пасажир може реалізувати своє право. Так, відповідно до п. 135 Правил надання послуг пасажирського автомобільного транспорту особа, яка придбала квиток, має право на повернення його в касу до відправлення автобуса і виплату суми, що дорівнює повній вартості квитка, лише за наявності обставин з вини перевізника. За власним

бажанням пасажир має право на повернення квитка протягом трьох діб з моменту відправлення автобуса у разі хвороби або нещасного випадку, що підтверджується відповідними документами. У такому разі йому відшкодовується сплачена сума, крім плати за продаж квитків, або безоплатно переоформляється квиток на інший автобус (абз. 5 п. 136 Правил). Зазначене виключає можливість реалізації пасажиром права на відмову від проїзду до відправлення автобуса та повернення квитка з особистих причин, що обмежує його право, визначене п. 6 ч. 1 ст. 911 ЦК України. Тому вважаємо за доцільне привести положення п. 135 Правил надання послуг пасажирського автомобільного транспорту до норм ЦК України.

Особливості механізму реалізації зазначеного права на річковому транспорті визначаються п. 111 СВВТ СРСР, відповідно до якого при поверненні проїзного квитка в касу порту (пристані) не пізніше, ніж за 6 годин до відходу судна, пасажир повертається повна вартість проїзду. При поверненні квитка пізніше цього терміну, але до відправлення судна, а також при запізненні на судно через хворобу, підтверженої довідкою лікувального закладу, пасажир повертається вартість проїзду, за вирахуванням вартості плацкарти.

Нормативно-правовим актом, який має юридичну силу статуту на залізничному транспорті, є СЗ України. Проте в ньому механізм реалізації досліджуваного права не закріплюється. В п. 128 міститься бланкетна норма, яка зазначає, що повернення вартості невикористаних квитків провадиться у порядку, встановленому Правилами перевезень пасажирів.

Правила перевезення пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом України детально регулюють порядок повернення платежів у разі відмови від поїздки за індивідуальними чи груповими проїзними документами (розділи 19–21). Так, повернення платежів за невикористані проїзні документи провадиться у будь-якому пункті продажу проїзних документів залізниць України з пред'явленням у касу повернення платежів проїзного документа та документа, що посвідчує особу (паспорта, військового квитка, студентського квитка, посвідчення водія, службового посвідчення). Повернення проїзних документів до відправлення поїзда може здійснюватись як особисто, так й іншими особами. Розгляд питання про повернення вартості невикористаних проїзних документів без пред'явлення до каси їх оригі-

налів не здійснюється. Повернення коштів за електронні проїзні/перевізні документи, збережені на електронних носіях (мобільний телефон, компактний персональний комп'ютер тощо), через квиткові каси виконується після їх роздрукування на паперовому носії.

Якщо пасажир відмовився від поїздки з особистих причин в строк: не менше ніж за 24 години до відправлення поїзда, то йому виплачується повна вартість квитка і плацкарти; якщо від 24 до 9 годин до відправлення поїзда, то здійснюються така сама виплата і 50 відсотків вартості плацкарти; менше ніж за 9 годин до відправлення поїзда здійснюються така сама виплата, вартість плацкарти не виплачується; після відправлення поїзда, але не більше ніж через годину після його відправлення, виплачується 10 відсотків вартості квитка і плацкарти (п. 19.11 Правил перевезення пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом України).

Право пасажирів відмовитися від повітряного перевезення і одержати назад плату за послуги закріплено у п. 15 ст. 100 ПК України. Проте норма цієї статті відсилає до порядку, встановленого авіаційними правилами України та правилами авіаперевізника. Авіаційні правила України «Правила повітряних перевезень та обслуговування пасажирів і багажу» визначають загальну процедуру повернення коштів у розд. XVIII. Так, повернення коштів за невикористаний квиток (його частину) здійснюється за місцем придбання квитка або в головному офісі перевізника (офісі з продажу перевезень перевізника) і в тій валюті, у якій квиток було оплачено. Повернення коштів перевізником в Україні здійснюється в національній валюті України. Квиток може бути пред'явлений перевізнику для повернення сплачених сум за частково або повністю не використане перевезення, якщо таке повернення дозволяється правилами застосування тарифів: до початку перевезення або протягом усього строку чинності квитка для перевезення, або протягом 30 днів після закінчення строку чинності квитка для перевезення (п. 1 гл. 8 розд. III Правил). Розмір сум коштів, що повертаються за невикористаний квиток (його частину), залежить від виду відмови від перевезення (добровільна чи примусова) та використаного тарифу і тарифних нормативів перевізника (п. 2 гл. 1 розд. XVIII). Тобто безпосередній механізм реалізації права на відмову від поїздки шляхом повернення квитка визначається правилами, визначеними конкретним авіаперевізником.

Проте і в локальних актах не завжди визначені правила повернення коштів залежно від строків здавання квитка. Наприклад, Правила повітряних перевезень пасажирів та багажу приватного акціонерного товариства «Авіакомпанія “Міжнародні авіалінії України”» (МАУ)¹ у розд. XX «Повернення коштів за квиток» не відповідають на питання про строки повернення квитків залежно від конкретних тарифів. Останні теж не опубліковані для загального ознайомлення. На сайті визначені умови повернення коштів лише в окремих випадках. Наприклад, якщо посольство відмовить вам у видачі в'їзної візи, авіакомпанія МАУ поверне кошти за невикористаний авіаквиток. Гарантія повернення коштів діє за умови повернення квитків не пізніше ніж за 72 години до вильоту рейсу за розкладом (для рейсів з Азербайджану, Казахстану, Вірменії – не пізніше ніж за 24 години до вильоту рейсу за розкладом)². Така невизначеність розмірів повернення коштів залежно від строків повернення квитків при перевезенні повітряним транспортом може спричинити зловживання перевізника при поверненні коштів. Тому єдиним способом визначення прозорого механізму реалізації права на відмову від перевезення та повернення квитка і одержання коштів є визначення строків повернення пасажирів коштів на рівні ПК України, як це передбачено п. 6 ч. 1 ст. 911 ЦК України.

Таким чином, законодавство України в сфері надання транспортних послуг, що закріплює право пасажирів відмовитися від поїздки, повернути квиток і одержати назад повну або часткову вартість квитка так і не приведено до норм кодифікованого акта цивільного законодавства. Це виявляється в закріпленні механізму реалізації зазначеного права не на рівні транспортних кодексів (статутів), а в численних підзаконних нормативно-правових актах, які часто створюють колізії правового регулювання не лише з нормами ЦК України, а й між собою.

Останнім із закріплених у ЦК України прав пасажирів є його право отримувати повну та своєчасну інформацію про час та місце відправ-

¹ Правила повітряних перевезень пасажирів та багажу приватного акціонерного товариства «Авіакомпанія “Міжнародні авіалінії України”» (МАУ). URL: <https://www.flyuia.com/ua/ua/information/rules-and-regulations/carriage-rules> (дата звернення: 01.03.2020).

² Повернення коштів за квитки. Авіакомпанія «Міжнародні авіалінії України» (МАУ). URL: <https://www.flyuia.com/ua/ua/services/visa-refund> (дата звернення: 01.03.2020).

лення транспортного засобу за вказаним у транспортному документі (квитку) маршрутом (п. 7 ч. 1 ст. 911 ЦК України).

Порядком оформлення пасажирських перевезень на транспорті, затвердженим Міністерством транспорту та зв'язку України від 23 квітня 2009 р. №450, закріплено перелік візуальної інформації, яка має розміщуватись у пунктах продажу маршрут-квитанцій. Крім того, продавець зобов'язаний надати покупцям іншу інформацію, передбачену правилами надання послуг з перевезення пасажирів та їх багажу відповідними видами транспорту¹.

Механізм реалізації цього права чітко виписаний в нормативно-правових актах, що регулюють договірні відносини з надання транспортних послуг, у сфері автомобільного², залізничного³ та повітряного транспорту. Наприклад, у сфері повітряного транспорту право пасажирів на інформування про надані транспортні послуги впливає із закріпленого в ч. 7 ст. 100 ПК України кореспондуючого йому обов'язку авіаперевізника під час організації повітряних перевезень вжити заходів для доведення до відома споживачів через інформаційно-рекламні засоби, у тому числі автоматизовані системи бронювання, інформації щодо повітряних ліній і розкладу польотів повітряних суден, тарифів на перевезення пасажирів, багажу, вантажу і пошти повітряним транспортом, а також про умови обслуговування пасажирів та обробки вантажу на землі перед польотом, після нього та на борту повітряного судна⁴. Варто зазначити, що права та обов'язки пасажирів повітряного

¹ Порядок оформлення пасажирських перевезень на транспорті : наказ М-ва транспорту та зв'язку України від 23 квіт. 2009 р. №450. *Офіц. вісн. України*. 2009. №37. С. 184. Ст. 1270.

² Право пасажирів отримувати повну та своєчасну інформацію про час та місце відправлення транспортного засобу за вказаним у транспортному документі (квитку) маршрутом продубльоване в ст. 41 Закону України «Про автомобільний транспорт», в п. 5.5 Правил дорожнього руху. Порядок надання такої інформації закріплений у пп. 8, 26, 27, 121 Правил надання послуг пасажирського автомобільного транспорту.

³ На залізничному транспорті право пасажирів на інформацію про транспортні послуги регулюється пп. 50–57 Порядку обслуговування громадян залізничним транспортом та розділами 2, 33 Правил перевезення пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом України.

⁴ Більш детально порядок отримання відповідної інформації пасажирів повітряного транспорту закріплено в розділах VII, VIII, XIII, XIV, XVII, XXVIII Авіаційних правил України «Правила повітряного перевезення та обслуговування пасажирів і багажу».

транспорту загалом визначаються через кореспондуючі їх права та обов'язки авіаперевізника (ст. 100 ПК України).

Очевидно, особливості реалізації права пасажирів отримувати повну та своєчасну інформацію про час та місце відправлення транспортно-го засобу за вказаним у транспортному документі (квитку) маршрутом повинні бути нормативно визначеними і при здійсненні перевезення пасажирів річковим та морським транспортом.

ЄСПЛ у рішенні «Westbahn Management GmbH v ÖBB-Infrastruktur AG» в справі C-136/11 від 22 листопада 2012 р. наголосив на особливостях механізму реалізації права пасажирів на інформацію. Відповідно до резолютивної частини цього рішення «інформація про основні транспортні послуги, крім звичайного часу відправлення, повинна також включати відомості про час затримки або скасування поїздів, на які можна зробити пересадку, незалежно від того, яке залізничне підприємство надає ці послуги»¹.

Зазначене рішення ЄСПЛ прийняте з приводу тлумачення ст. 8 Регламенту (ЄС) Європейського Парламенту і Ради про права і обов'язки пасажирів залізничного транспорту від 23 жовтня 2007 р. № 1371/2007², положення якого згідно з додатком XXXII до Угоди про асоціацію України повинні бути впроваджені в національне законодавство протягом 8 років з дати набрання нею чинності³. Цікаво, що відповідно до ст. 8 зазначеного Регламенту право пасажирів залізничного транспорту на інформацію про перевезення включає: інформацію, що надається перед поїздкою (доступність, умови доступу і можливість користування на борту потяга обладнанням, розробленим для осіб з фізичними вадами і з обмеженими можливостями руху; доступність і умови перевезення велосипедів; доступність місць для курців і для некурців, місць першого і другого класу, а також спальних і плацкартних місць; будь-які дії, здатні зашкодити наданню послуг або вчасному

¹ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Westbahn Management GmbH v ÖBB-Infrastruktur AG» № C-136/11 від 22 листопада 2012 р. / Case-law of the Court of Justice. URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=142215&doclang=DE> (дата звернення: 01.03.2020).

² Регламент ЄС про права і обов'язки пасажирів залізничного транспорту від 23 жовтня 2007 р. № 1371/2007. *Офіц. вісн. Європ. Союзу*. URL: <http://doszt.gov.ua/content/media/Reglament-1371-UA.pdf> (дата звернення: 01.03.2020).

³ Додаток XXXII до гл. 7 «Транспорт» розд. V «Економічне і галузеве співробітництво» Угоди про асоціацію між Україною та ЄС. URL: https://www.kmu.gov.ua/storage/app/media/ugoda-pro-asociaciju/32_Annex.pdf (дата звернення: 10.03.2020).

наданню послуг та ін.) та інформацію, що надається протягом поїздки (послуги на борту потягу, наступні зупинки, затримки, основні пункти пересадки, інформацію про безпеку і надійність та ін.).

Отже, проведений аналіз механізму реалізації прав пасажирів, закріплених в положення ЦК України та деталізованих в численних нормативно-правових актах, свідчить, що попри значну врегульованість прав пасажирів, рівень правового регулювання потребує істотного покращення. Це проявляється передусім в тому, що права пасажирів як споживачів транспортної послуги в більшості випадків закріплюються не на рівні транспортних кодексів та спеціалізованих законів, а на рівні підзаконних актів, які не відповідають положенням ЦК України, та актів транспортного законодавства, що періодично змінюються, окремі із них є дуже застарілими, що призводить до ще більших колізій у сфері регулювання прав пасажирів. Як слушно зазначається з цього приводу в юридичній літературі, на рівні спеціального транспортного законодавства вбачається закріплення ідеї, яка є родом з епохи радянських часів – ідеї забезпечення функціонування транспортної системи, її надійності та безпечності. Пасажир як основний суб'єкт відносин з перевезення виявляється тут «на другому плані», попри те, що ця система має функціонувати на його користь¹.

Незважаючи на значну врегульованість прав та обов'язків пасажирів на законодавчому рівні, якщо договір перевезення пасажирів не є договором приєднання, сторони можуть погодити певні права та обов'язки пасажирів на власний розсуд. Такими правами можуть бути, наприклад, право пасажирів на визначення маршруту перевезення, право на отримання додаткових послуг при здійсненні перевезення та інші.

Досвід низки зарубіжних країн свідчить про можливість запровадження до механізмів забезпечення охорони, реалізації та захисту прав пасажирів додаткових гарантій. Наприклад, Директивою ЄС (Council Directive 90/314/EEC) передбачено забезпечення права повернення вартості білетів туроператорами; Директивою 90/314/ЄС передбачено функціонування Фонду гарантування прав туристів (Rejsegarantifonden в Данії); страхування на випадок дефолту регулярного перевізника (Schedule Airline Failure Insurance); у Великій Британії, Німеччині,

¹ Самоїленко Г. В. Забезпечення прав пасажирів: проблема колізії цивільного та споживчого законодавства. *Вісн. Запоріз. нац. ун-ту. Юрид. науки*. 2018. №2. С. 34.

Австрії, Швейцарії функціонує добровільне страхування пасажирів ризиків неспроможності авіакомпанії або їх неплатоспроможності (Schedule Airline Failure Insurance, SAFI)¹.

В умовах євроінтеграційних процесів серед прав, визначених законодавством України, можна виокремити групу прав пасажирів, які визначені актами законодавства ЄС, до норм яких відповідно до Угоди про асоціацію повинно бути максимально наближене законодавство України. Це означає, що норми, які регулюють права та обов'язки пасажирів, що визначені актами *Acquis communautaire*, протягом визначених додатками XXXII Угоди про асоціацію України строків стануть частиною національного законодавства. До таких прав пасажирів у сфері автомобільного транспорту згідно з Регламентом Європейського Парламенту та Ради (ЄС) про права пасажирів автобусного транспорту від 16 лютого 2011 р. № 181/2011 належать: 1) право на купівлю квитка та перевезення на недискримінаційних умовах; 2) право на отримання інформації на запит про транспортні послуги в альтернативних форматах, доступних для інвалідів та осіб з обмеженою рухливістю, наприклад, у таких, як великий шрифт, проста мова, шрифт Брайля, електронні повідомлення, які можна отримати за допомогою адаптивних технологій, або аудіозаписи; 3) право на отримання компенсації та допомогу при аваріях; 4) право пасажирів на продовження поїздки, здійснення подорожі за зміненим маршрутом і відшкодування вартості проїзду при скасуванні або тривалій затримці рейсу; 5) право на отримання допомоги при скасуванні або затримці відправлення та інші².

Згідно з Регламентом (ЄС) Європейського Парламенту та Ради про права та обов'язки пасажирів залізничного транспорту від 23 жовтня 2007 р. № 1371/2007 до прав пасажирів, які повинні стати нормами національного законодавства України, належать: 1) право на анулювання поїздки, якщо пасажир отримує інформацію про те, що прибуття поїзда на станцію призначення очікується із затримкою не менше

¹ Абрикосов Д. С. Механізм цивільно-правового захисту прав пасажирів за договором перевезення пасажирів повітряним транспортом. *Вісн. Запоріж. нац. ун-ту. Юрид. науки*. 2014. № 3. С. 81.

² Регламент (ЄС) Європейського Парламенту та Ради про права пасажирів автобусного транспорту від 16 лют. 2011 р. № 181/2011, який вносить зміни до Регламенту (ЄС) № 2006/2004. *Офіц. вісник Європ. Союзу*. URL: https://minjust.gov.ua/m/str_45893 (дата звернення: 10.03.2020).

1 години; 2) право вимагати повернення до станції відправлення, якщо через запізнення неможливо дістатися кінцевого пункту поїздки; 3) право на харчування, напої та місце в готелі в разі тривалого очікування; 4) право на відшкодування за втрачений багаж (до 1300 або до 330 євро залежно від того, чи пасажир може або не може довести вартість речей); 5) право осіб з обмеженими фізичними можливостями на доступність до вокзалів, перонів, рухомого складу потягів та іншого обладнання осіб з фізичними вадами або з обмеженими можливостями руху; 6) право на інформацію та інші¹.

В юридичній літературі також обговорюється питання про доцільність внесення змін до ст. 913 ЦК України. Так, відповідно до ч. 2 ст. 913 ЦК України відносини організацій, підприємств транспорту, що здійснюють перевезення у прямому змішаному сполученні, визначаються за домовленістю між ними. Очевидно, йдеться про так звані вузлові договори. Відсутність належного законодавчого регулювання зумовлює різноманітність теоретичних точок зору щодо поняття вузлового договору. Не вдаючись у детальну наукову дискусію, звернемо увагу на пропозицію Т. О. Колянковської закріпити окрему ст. 913¹ «Вузлові угоди» у ЦК України такого змісту: «Вузлова угода укладається транспортними організаціями різних видів транспорту, що здійснюють перевезення вантажів у прямому змішаному сполученні з метою визначення умов та порядку перевалки вантажів з одного транспорту на інший»². Безперечно, в законодавстві України має бути закріплено поняття вузлового договору, особливості його укладення та виконання, відповідальність сторін за порушення умов та неукладення або несвоєчасне укладення такої домовленості, проте спірним, на нашу думку, є пропозиція закріплювати окрему норму, присвячену цьому договору, в ЦК України. Адже вузловий договір – це не єдиний договір організаційного характеру з надання транспортних послуг, який не закріплений у гл. 64 ЦК України «Перевезення». ЦК України закріплює загальні засади договірного надання транспортних послуг, а не всі договори у цій сфері. Тому не вважаємо за доцільне закріплю-

¹ Регламент (ЄС) Європейського Парламенту і Ради про права та обов'язки пасажирів залізничного транспорту від 23 жовтня 2007 р. № 1371/2007. *Офіц. вісн. Європ. Союзу*. URL: <http://doszt.gov.ua/content/media/Reglament-1371-UA.pdf> (дата звернення: 10.03.2020).

² Колянковська Т. О. Правове регулювання перевезень вантажів в прямому змішаному сполученні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2007. С. 160–161.

вати усі договірні конструкції з надання транспортних послуг у положеннях вказаного кодифікованого акта, тим паче, що діє принцип свободи договору. Щоправда, відсутність належного законодавчого та підзаконного правового регулювання вузлового договору, безперечно, має негативний вплив на пропускну спроможність транспортної мережі в Україні, що постає гострою проблемою в умовах сучасних євроінтеграційних процесів.

Про важливість належного правового регулювання договірних відносин з надання транспортних послуг, зокрема, при перевезенні в прямому змішаному сполученні, зазначається в Дорожній карті імплементації Директиви Ради ЄС 92/106 від 7 грудня 1992 р. про встановлення спільних правил для окремих видів комбінованих перевезень вантажів між державами-членами¹. Так, у цій Дорожній карті підкреслено відсутність нормативного регулювання перевезень в прямому змішаному сполученні, в тому числі належного правового регулювання вузлового договору. Доречно запропоновано подати на розгляд Верховної Ради України з метою схвалення Закон України «Про комбіновані перевезення» (у ньому, крім іншого, повинно бути визначено поняття вузлового договору, його зміст та істотні умови, інші питання технології роботи учасників цих перевезень), розробити та прийняти Правила перевезення у прямому змішаному сполученні та законодавчо встановити відповідальність сторін вузлового договору за ухилення від укладення або несвоєчасне укладення, а також за порушення умов таких договорів. Слід також визначити єдиний підхід до строку, на який укладаються вузлові угоди, адже чинне законодавство з цього питання має певні вади. Також слід прибрати неузгодженості національного законодавства в цьому аспекті. Так, вбачається за необхідне уніфікувати термінологію зі СЗ України. Додатком до Правил перевезення у прямому змішаному сполученні повинен бути типовий вузловий договір.

Норми ст. 914 ЦК України встановлюють найбільш загальні положення щодо довгострокового договору. Водночас згідно з ч. 4 ст. 307 ГК України залежно від виду транспорту, яким передбачається систематичне перевезення вантажів, довгостроковий договір має різну назву.

¹ Про комбіновані перевезення : проект Закону України. URL: <http://www.transport-ukraine.eu/docs/direktiva-radi-92106iees-vid-7-grudnya-1992-roku-pro-vstanovlennya-spilnih-pravil-dlya-okremi-0> (дата звернення: 01.07.2020).

Наприклад, можуть укладатися такі довгострокові договори: довгостроковий – на залізничному і морському транспорті, навігаційний – на річковому транспорті (внутрішньому флоті), спеціальний – на повітряному транспорті, річний – на автомобільному транспорті.

Проте різні назви довгострокових договорів перевезення, які закріплені в ГК України, як правило, використовуються в законодавстві, що набрало чинності ще в радянський період та продовжує діяти на території України до сьогодні, або нормативно-правових актах, які прийняті до прийняття ЦК України та не відповідають сучасним реаліям та динаміці цивільних правовідносин. Очевидно, спеціальне транспортне законодавство України та вказані норми ГК України мають бути приведені у відповідність до норм ЦК України шляхом використання єдиного терміна «довгостроковий договір», закріпленого в кодифікованому акті цивільного законодавства, до усіх договорів перевезення, якими передбачається систематичне перевезення вантажів, незалежно від виду транспорту.

Важливим є питання щодо сфери застосування довгострокових договорів. Звичною є позиція, що довгострокові договори застосовуються у сфері перевезення вантажів різними видами транспорту та у разі здійснення прямого змішаного перевезення¹. Це впливає із аналізу норм ст. 914 ЦК України. Проте на практиці простежується тенденція укладення договорів про організацію систематичних перевезень пасажирів. Такі відносини у нормах ЦК України не врегульовані. Тоді як, наприклад, у ЦК Чеської Республіки такий договір застосовується і для перевезення пасажирів. Очевидно, договірна практика випереджає закріплення відповідних відносин на законодавчому рівні та свідчить про можливість розширення сфери застосування довгострокових договорів. Проте це вимагає внесення відповідних змін до ст. 914 ЦК України. Тому пропонуємо доповнити ст. 914 ЦК України ч. 3, виклавши її в такій редакції: «Довгостроковий договір може укладатись в разі необхідності здійснення систематичних перевезень пасажирів та багажу». Для того щоб внести зміни і не зруйнувати побудову норм частин 1, 2 ст. 914 ЦК України, пропонуємо у закріплену дефініцію довгострокового договору додати уточнення, що вона стосується сфери перевезення вантажу. Тому у ч. 2 ст. 914 після слів «за

¹ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. Київ : Юрінком Інтер, 2006. Т. II. С. 535.

довгостроковим договором» додати словосполучення «перевезення вантажу».

На сьогодні поза межами правового регулювання залишаються договірні відносини перевезення, які здійснюються епізодично, та (або) на безоплатній основі. Оскільки за своєю правовою природою такі договірні відносини також є відносинами перевезення, вони повинні бути врегульовані окремою нормою у гл. 64 ЦК України, а до її закріплення – регулюватись загальними положеннями про послуги, визначеними у гл. 63 ЦК України. Адже «виконання договору за плату чи безоплатно не впливає на економічну природу (основу) правовідношення – доставляння (перевезення) особи»¹. Тому доречним є внесення змін до ч. 1 ст. 916 ЦК України і доповнення її положенням про можливість здійснення перевезення на безоплатній основі за домовленістю сторін. У зв'язку з цим ч. 1 ст. 916 ЦК України пропонуємо викласти в такій редакції: «За перевезення вантажу, пасажирів, багажу, пошти стягується провізна плата у розмірі, що визначається за домовленістю сторін, якщо інше не встановлено договором, законом або іншими нормативно-правовими актами. Якщо розмір провізної плати в оплатному договорі перевезення не визначений, стягується розумна плата».

ЦК України акцентує увагу на тому, що провізна плата може включати не лише витрати на перевезення вантажу, а й вартість послуг, що виконуються на вимогу власника (володільця) вантажу і не передбачені тарифами. Останні оплачуються додатково за домовленістю сторін (ч. 3 ст. 916 ЦК України). Очевидно, додаткові послуги, пов'язані з перевезенням, можуть надаватися не лише при перевезенні вантажу. Тому, на нашу думку, ч. 3 ст. 916 ЦК України варто викласти в такій редакції: «Роботи та послуги, що виконуються на вимогу пасажирів чи власника (володільця) вантажу і не передбачені тарифами, оплачуються додатково за домовленістю сторін»².

Питання про істотні умови цивільно-правового договору є ключовим для вивчення будь-якої договірної конструкції, оскільки визначає її зміст. ЦК України у гл. 64 не визначає коло істотних умов

¹ Самойленко Г. В. *Правова природа оплатних та безоплатних договорів перевезення пасажирів. Право і суспільство*. 2016. №2. Ч. 3. С. 77.

² Лукасевич-Крутник І. С. *Теоретичні засади правового регулювання договірних відносин з надання транспортних послуг у цивільному праві України* : монографія. Тернопіль, 2019. С. 231.

для договорів про надання транспортних послуг, зокрема договорів перевезення.

Керуючись загальними положеннями про договори, 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 (абз. 2 ч. 1 ст. 638 ЦК України).

Таким чином, при погодженні істотних умов договору перевезення сторони повинні передусім визначити предмет. На думку окремих науковців, умова про предмет договору є єдиною дійсно істотною умовою договору¹. З такою точкою зору можна погодитися в тій частині, що предмет договору є єдиною істотною умовою, без якої жоден договір, в тому числі договір перевезення, не може бути укладений.

Формулювання ч. 1 ст. 901 ЦК України дозволяє зробити висновок, що послуга може виражатися як у вчиненні однієї або кількох конкретних дій, так і у здійсненні певної діяльності протягом тривалого часу або постійно. Таким чином, слід виходити з того, що надання послуги пов'язано із зобов'язанням вчинення певної дії або із здійсненням певної діяльності, що можна пояснити лише необхідністю охопити всі види послуг, яке б незначне місце вони не посідали². Тобто предметом договору про надання послуг є певна дія чи діяльність.

Звернемося до дефініцій, закріплених у ЦК України, договорів перевезення. Так, відповідно до ч. 1 ст. 909 ЦК України «перевізник зобов'язується *доставити* довірений ... вантаж до пункту призначення та *видати* його...», згідно з ч. 1 ст. 910 ЦК України «перевізник зобов'язаний *перевезти* пасажирів до пункту призначення, а в разі здавання багажу – також *доставити* багаж до пункту призначення та *видати* його...», а відповідно до ч. 1 ст. 912 ЦК України «фрахтівник зобов'язується *надати* всю або частину місткості в одному чи кількох транспортних засобах на один або кілька рейсів для *перевезення* вантажу, пасажирів, багажу, пошти...» (курсив наш. – *І. Л.-К.*). Таким чином, предметом договорів перевезення є транспортна послуга, яка проявляється в дії (наприклад, видати вантаж, багаж, надати транспорт-

¹ Ландкоф С. Н. Основи цивільного права. Київ : Рад. школа, 1948. С. 177.

² Федорченко Н. В. Договірні зобов'язання з надання послуг: проблеми теорії і практики : монографія. Київ : НДІ приват. права і підприємництва НАПрН України, 2015. С. 150.

ний засіб), та (або) сукупність дій – діяльності щодо переміщення пасажирів, багажу, вантажів, пошти за допомогою транспортного засобу до місця призначення.

Умови договорів перевезення визначені як істотні в нормах закону лише щодо договору перевезення вантажу автомобільним транспортом (ч. 2 ст. 50 Закону України «Про автомобільний транспорт»). Істотні умови окремих різновидів договорів перевезення визначені опосередковано в нормативно-правових актах, що мають юридичну силу закону, або у підзаконних нормативно-правових актах (наприклад, ст. 138 КТМ України визначає істотні умови договору перевезення вантажу, п. 98 Правил надання послуг пасажирського автомобільного транспорту визначає істотні умови договору перевезення пасажирів на таксі, абз. 2 п. 105 зазначених вище Правил визначає істотні умови договору перевезення легковими автомобілями на замовлення тощо). Очевидно, причиною вказаного є неприведення нормативної бази, яка регулює договірні зобов'язання з надання транспортних послуг, до положень ЦК України.

Поряд з умовами, визначеними законом, до істотних належать умови, необхідні для договорів даного виду. Вони хоча і згадуються в нормативно-правових актах, але прямо ніде не визначені як істотні. Проте вони потрібні для договорів конкретного виду саме як істотні¹. Коло таких умов залежить від правової природи (сутності) договору, його предмета, основних прав та обов'язків сторін тощо². Якщо брати за критерій визначення умов, необхідних для договорів даного виду, те, чи може бути договір виконаний належним чином без включення і узгодження сторонами певної умови, то умовами, необхідними для договорів перевезення, є умови про ціну, строк надання транспортної послуги, пункт відправлення та пункт призначення³.

До істотних умов договорів перевезення також входять усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто

¹ Теньков С. Визначення істотних умов договору у судовій практиці: нові підходи. *Вісн. господар. судочинства*. 2004. №4. С. 151.

² Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. Київ : Юрінком Інтер, 2006. Т. 2. 2006. С. 165.

³ Лукасевич-Крутник І. С. Теоретичні засади правового регулювання договірних відносин з надання транспортних послуг у цивільному праві України : монографія. Тернопіль, 2019. С. 240.

згоди. Адже згідно з принципом свободи договору сторони є вільними у визначенні умов договору. Істотними умовами, визначеними за погодженням сторін, можуть бути маршрут перевезення, марка і клас транспортного засобу, наявність додаткового технічного облаштування, умови щодо ваги, упакування вантажу, умови, пов'язані з видачею вантажу одержувачу, порядок розрахунків тощо.

Через істотні умови договору зберігається природа того чи іншого договору та у правочин закладаються сутнісні, притаманні саме йому риси, а також формулюється волевиявлення сторін щодо сутнісних аспектів цього договору¹. Тому підтримуємо точку зору А. В. Луць, яка зазначає, що визначення в законі переліку умов, які є істотними або необхідними для договорів даного виду, відображає специфіку конкретного виду договору і сприяє відмежуванню його від інших близьких (споріднених) за юридичною природою видів договорів².

Виходячи з наведеного, вважаємо доцільним закріпити істотні умови договорів перевезення в нормах ЦК України. Тому, на нашу думку, гл. 64 ЦК України слід доповнити статтею в такій редакції:

«Стаття 913¹. Істотні умови договорів перевезення

1. Істотними умовами договорів перевезення, поряд з предметом, є ціна, строк, пункт відправлення та пункт призначення, а також інші умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін досягнуто згоди.

2. Предметом договорів перевезення є транспортна послуга, під якою потрібно розуміти вчинення дії або здійснення діяльності щодо переміщення пасажирів, багажу, вантажу, пошти за допомогою транспортного засобу»³.

Потребує внесення змін і чинна редакція ст. 925 ЦК України. Хоч назва цієї статті «Пред'явлення претензій і позовів, що випливають із договору перевезення» не обмежує сферу її застосування, зміст її норм стосується лише перевезення вантажу, пошти. Водночас претензійний порядок вирішення спорів може застосовуватись й у спорах, пов'язаних з перевезенням пасажирів та багажу. Наприклад, Авіаційними правилами України «Правила повітряних перевезень та обслуговування

¹ Зазуляк І. І. Істотні умови договору: теоретичний аспект : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2009. С. 7.

² Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2001. С. 14.

³ Лукасевич-Крутник І. С. Договірні зобов'язання з надання транспортних послуг у цивільному праві України : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Тернопіль, 2019. С. 228.

пасажирів і багажу» визначено порядок висування претензій та подання позовів щодо неналежного перевезення пасажирів (гл. 2 розд. XXVII) та порядок висування претензій та подання позовів щодо неналежного перевезення багажу (гл. 2 розд. XXVII).

Доречно було б уточнити й закріплений у ст. 925 ЦК України порядок пред'явлення претензій і позовів, що впливають із договору перевезення. Так, у теперішній редакції цієї статті закріплено право замовника як слабшої сторони в зобов'язанні до пред'явлення перевізникові позову, що впливає із договору перевезення вантажу, пошти, пред'явити йому претензії у порядку, встановленому законом, транспортними кодексами (статутами). Враховуючи вищенаведене, вважаємо за можливе доповнити ч. 1 ст. 925 ЦК України абз. 2 такого змісту: «У випадку істотного порушення договору перевізником замовник має право в односторонньому порядку в повному обсязі або частково відмовитись від договору шляхом направлення відповідної претензії». Водночас як один із чинників, який може братися до уваги при оцінці істотності порушення договору перевезення, є інтерес боржника в збереженні договору. Саме тому друге речення абз. 2 ч. 1 ст. 925 ЦК України доцільно відобразити в такій редакції: «У випадку незгоди з такою претензією перевізник має право оскаржити її до суду».

Доцільність таких коректив пояснюється тим, що реалізація права на відмову завжди тягне за собою припинення прав та обов'язків іншої сторони, відповідно, пред'явлення претензії свідчатиме про інформування контрагента про застосування цього секундарного права. Як слушно з цього приводу зазначається в юридичній літературі, сторона, яка перебуває у зобов'язальних правовідносинах, має право розраховувати на існування діючих правовідносин, поки не отримає інформації про інше¹. Відповідно момент отримання претензії буде визначатися моментом отримання адресатом повідомлення про відмову.

Таким чином, частини 1–2 ст. 925 ЦК України пропонуємо викласти в такій редакції: «1. До пред'явлення перевізникові позову, що впливає із договору перевезення, можливим є пред'явлення йому претензії у порядку, встановленому законом, транспортними кодексами (статутами).

У випадку істотного порушення договору перевізником замовник має право в односторонньому порядку в повному обсязі або частково

¹ Соменков С. А. Расторжение договора в гражданском обороте: теория и практика. Москва : МЗ Пресс, 2005. С. 137.

відмовитись від договору шляхом направлення відповідної претензії. У випадку незгоди з такою претензією перевізник має право оскаржити її до суду.

2. Позов до перевізника може бути пред'явлений замовником транспортної послуги у разі повної або часткової відмови перевізника задовольнити претензію або неодержання від перевізника відповіді у місячний строк».

Сподіваємось, що це наукове дослідження стане ще одним кроком на шляху оновлення договірної законодавства України в сфері надання транспортних послуг з метою його наближення до норм європейських стандартів.

5.3. Загальні положення про договори зберігання

Унаслідок неможливості через певні обставини протягом певного часу самостійно здійснювати окремі дії, у фізичних та юридичних осіб виникає потреба передати своє майно у тимчасове володіння інших осіб, щоб забезпечити його належну фізичну та функціональну схоронність. Оформлюються такі правовідносини шляхом укладення договору зберігання, який є одним із різновидів договорів про надання послуг.

Згідно з ч. 1 ст. 936 ЦК України за договором зберігання одна сторона (зберігач) зобов'язується зберігати річ, яка передана їй другою стороною (поклажодавцем), і повернути її поклажодавцеві у схоронності. Отже, договір зберігання спрямовано на передання речей у тимчасове володіння іншій особі з обов'язковим наступним поверненням без втрати та пошкодження (тобто із збереженням внутрішніх та зовнішніх якостей і властивостей переданих речей). Це споріднює договір зберігання з договорами позички та найму, проте метою укладення останніх є користування переданим майном, тоді як договір зберігання, за загальним правилом, взагалі не передбачає можливості користування переданими речами (за винятком випадків, коли поклажодавець надає зберігачеві на це згоду).

Зазвичай договір зберігання є реальним (таким, що вважається укладеним з моменту передання речі зберігачу), однак ч. 2 ст. 936 ЦК

Україні допускає і можливість укладення консенсуального договору зберігання, за умови, що зберігачем є особа, яка здійснює зберігання на засадах підприємницької діяльності (професійний зберігач). Змістом консенсуального договору зберігання є зобов'язання зберігача прийняти річ на зберігання у майбутньому – права та обов'язки за таким договором виникають з моменту його укладення.

Договір зберігання належить до двосторонніх договорів, тобто і при оплатних, і при безоплатних відносинах права та обов'язки існують в обох сторін – зберігач, зокрема, завжди зобов'язаний забезпечити схоронність майна та повернути його іншій стороні, поклажодавець же повинен після закінчення строку зберігання забрати свою річ, а при оплатному договорі – також сплатити зберігачеві обумовлену плату.

Хоч зазвичай зобов'язання зі зберігання виникають саме внаслідок укладення договору зберігання, слід мати на увазі, що підставою виникнення зазначених зобов'язань можуть бути й інші договори, де зберігання є як допоміжна функція, що доповнює основний зміст договору.

Сторонами у договорі зберігання можуть бути як фізичні, так і юридичні особи. Як правило, поклажодавцем є власник майна, що здає його на зберігання, проте це не становить обов'язкової умови дійсності договору – будь-яка особа, що зацікавлена у збереженні майна, яке перебуває в її правомірному володінні, має право укласти договір зберігання як поклажодавець, навіть якщо предмет договору і не належить їй на праві власності (зокрема, передавати речі на зберігання можуть заставодержатель, наймач, перевізник тощо). У зазначених випадках згода чи доручення власника речі для її передання на зберігання не потрібні, проте він має можливість повернути своє майно від зберігача, навіть якщо строк зберігання ще не закінчився – адже зберігач лише володіє річчю, а не стає її власником, тому дійсний власник, який має право на витребування речі у поклажодавця, набуває такого права й щодо зберігача, причому незалежно від добросовісності останнього та інших обставин справи.

Серед зберігачів окреме становище посідають ті, що здійснюють зберігання на засадах підприємницької діяльності (професійні зберігачі), – для них передбачено деякі особливості укладення та виконання договору зберігання.

У законодавстві немає чітких критеріїв визначення зберігача як професійного суб'єкта. Однак це питання має істотне значення, оскільки професійний зберігач несе відповідальність без вини у разі втрати, недостачі або пошкодження речей, прийнятих на зберігання. У п. 2 ст. 936 ЦК України професійний зберігач визначений як організація, що здійснює зберігання на засадах підприємницької діяльності. Очевидно, підтвердженням того, що зберігання – це професійна діяльність, є положення статуту (засновницького договору) організації-зберігача, в якому діяльність щодо надання послуг зі зберігання повинна бути вказана як основний вид діяльності організації. Як слушно зауважує М. І. Сулова, «відмінність професійного зберігача від звичайного полягає передусім у тому, що зберігання для професійного зберігача є однією з цілей господарської діяльності»¹.

Для визначення наявності або відсутності ознаки професійності зберігача, Е. М. Грамацький зазначав, що в цьому випадку необхідна оцінка характеру діяльності суб'єкта підприємницької діяльності. Якщо укладення договорів зберігання на товарному складі є разовим та нерегулярним, очевидно, що в такому разі не можна говорити про статус професійного зберігача. Якщо ж суб'єкт підприємницької діяльності регулярно укладає договори зберігання на товарному складі, приймає речі на зберігання, більше того, має у власності або орендує спеціально обладнані для зберігання товару приміщення, він повинен бути визнаний професійним зберігачем. Доказами наявності в такого суб'єкта статусу професійного зберігача в цьому випадку, крім самих договорів зберігання, можуть бути листування, договори оренди складських приміщень, свідоцтва про державну реєстрацію права власності на такі приміщення, а також сертифікація такої діяльності².

Для універсального підходу до розуміння професійного зберігача, необхідно виокремити такі критерії:

- 1) зберігач має бути належним чином зареєстрований як суб'єкт підприємницької діяльності;
- 2) діяльність щодо зберігання товарів на складі є основним видом його діяльності;

¹ Сулов М. И. Договор хранения имущества граждан по советскому социалистическому гражданскому праву. Москва, 1978. 125 с.

² Грамацький Е. М. Договір зберігання у цивільному праві : дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2004.

3) у зберігача на праві власності або на праві оренди мають бути відповідні засоби та обладнання для здійснення діяльності щодо зберігання товарів на складі;

4) у випадках, встановлених законом, – наявність ліцензій та сертифікатів.

Неврахування цієї обставини може призвести до безпідставного розширення кола професійних зберігачів. Чітке та однозначне розуміння поняття предмета та об'єкта договору має велике практичне значення, оскільки будь-який договір є неукладеним, якщо не визначений його предмет. У ЦК України наукові позиції щодо розмежування предмета й об'єкта договору закріплення не знайшли.

Необхідність розмежування категорій «предмет» та «об'єкт» договору впливає передусім з багатоаспектності самого поняття «договір». А тому в науці цивільного права ми можемо знайти різне та неоднозначне трактування поняття предмета та об'єкта. Так, деякі науковці під предметом договору зберігання розуміють певне майно, рухомі речі, товари. Відповідно як об'єкт договору вони розглядають послуги із зберігання. Л. Н. Терехова вважає, що предметом договору складського зберігання буде не що інше як діяльність зберігача, яка полягає в здійсненні самостійної професійної діяльності зі зберігання товарів і надання пов'язаних з цим послуг. А об'єктом є товар, який за своїм характером і споживчими властивостями може бути надалі реалізований або використаний покладавцем з метою отримання прибутку¹.

Предметом договору зберігання є саме ті послуги, які спрямовані на досягнення інтересів суб'єктів правовідносин. Отже, предметом договору зберігання є послуга, що полягає у здійсненні корисних дій, спрямованих на прийняття, зберігання та подальше повернення зберігачем певного об'єкта.

Об'єктом договору зберігання є речі (при зберіганні на товарному складі – товар), які передаються зберігачеві.

Характер самих речей (індивідуально визначені або визначені родовими ознаками) може впливати безпосередньо на режим зберігання, але не повинен визначати його імперативно. Важливою для характеристики об'єкта договору зберігання є поділ речей на індивідуально

¹ Терехова Л. Н. Все о договоре хранения. Москва : Альфа-Пресс, 2005. С. 150.

визначені і визначені родовими ознаками, що й визначає режим зберігання. Надана їм ще в римському праві назва іррегулярного зберігання відразу ж підкреслила їх «неправильність», «незвичність». Адже на зберігання разом з речами з індивідуальними ознаками можуть також передаватись речі, визначені родовими ознаками. Суб'єкти господарювання, що здійснюють підприємницьку діяльність у сфері торгівлі подібними товарами (зерном, овочами, нафтою), але не мають при цьому власних складських площ, завжди зацікавлені в забезпеченні зберігання продукції, що належить їм, у спеціалізованих складах – елеваторах, нафтосховищах, овочебазах.

При цьому умови зберігання речей можуть бути різними. Якщо речі, що належать покладавцю, наприклад, зерно, наперед упаковані покладавцем, і ця тара маркована, йдеться про індивідуалізацію речей, тобто речі наділені тільки їм властивими ознаками, що вирізняють їх з-поміж інших однорідних речей. Після закінчення терміну зберігання зберігач зобов'язаний повернути покладавцеві саме ті речі (те саме зерно), які були передані останнім на зберігання.

Якщо ж за умовами договору складського зберігання товари одного власника поміщаються в те ж приміщення, де вже знаходяться на зберіганні аналогічні товари, що належать іншій особі, і змішуються з останніми, відбувається знеособлення товарів. Зберігання на таких умовах іменуються «зберігання із знеособленням», або «іррегулярне зберігання».

Покладавцю в цьому випадку після закінчення терміну зберігання повертаються вже не ті речі, які спочатку були поміщені ними на склад, а речі того ж роду, якості і в такій же кількості.

Відмінність між звичайним (регулярним) і іррегулярним зберіганням полягає в тому, що в першому випадку належне виконання договору виявляється в поверненні тієї ж речі, а при іррегулярному заміна відбувається в режимі «відступного» способу припинення зобов'язання, який здійснюється відповідно до ст. 600 ЦК України.

Відповідно до ст. 941 ЦК України зберігання із знеособленням, або зберігання речей, визначених родовими ознаками на загальних підставах, допускається за згодою покладавця. При цьому § 1 гл. 66 ЦК України містить загальні положення про зберігання та закріплює можливість застосування такого способу зберігання. Це означає, що зберігання із знеособленням може застосовуватися не тільки при складсько-

му зберіганні, але і при інших видах зберігання. Проте на практиці зберігання із знеособленням застосовується в основному саме у складському зберіганні. Такий висновок підтверджується нормою ст. 958 ЦК України, в якій передбачено право товарного складу розпоряджатися переданими йому на зберігання товарами, якщо це впливає із закону, інших правових актів або договору. Особливості такого виду зберігання обумовлюються великою кількістю товарів, що передаються на склади для зберігання, необхідністю забезпечення їхнього правильного приймання, зберігання та видачі поклажаодавцям, а також дотримання інших умов, пов'язаних зі зберіганням¹.

Спеціальним законодавчим актом, що регулює відносини зберігання, є Закон України «Про зерно та ринок зерна в Україні»². Цей Закон визначає не лише державну політику щодо розвитку ринку зерна як пріоритетного сектору економіки агропромислового комплексу України, але і спрямований на створення правових, економічних та організаційних умов конкурентоспроможного виробництва і формування ринку зерна, а також особливості правового регулювання зберігання зі знеособленням. Ще один спеціальний нормативний акт, що регулює правовідносини, пов'язані з правовим регулюванням обігу простих і подвійних складських свідоцтв під час зберігання товарів на товарних складах – Закон України «Про сертифіковані товарні склади та прості і подвійні складські свідоцтва»³ приділяє увагу знеособленому зберіганню в контексті оформлення, видачі та погашення складських свідоцтв при іррегулярному зберіганні.

Речі, передані на іррегулярне зберігання, знеособлюються (оскільки вони є замінними), і зберігачеві надається право розпоряджатися ними. Право зберігача розпоряджатися товарами, що зберігаються, може виникнути саме у випадку іррегулярного зберігання, оскільки інакше склад зобов'язаний буде повернути власнику саме ті товари, які були передані на зберігання, а тому він не може розпоряджатися цими товарами. Однак у такому разі до відносин сторін застосовуються положення про договір позики, а час та місце повернення товарів мають визначатися у договорі згідно з вимогами до договорів зберігання.

¹ Цивільний кодекс України. Постатейний коментар : у 2 ч. / А. С. Довгерт (кер. авт. кол. та відп. ред.), Н. С. Кузнецова. Київ : Юстиніан, 2006. Ч. 2. С. 510.

² Відом. Верхов. Ради України. 2002. № 35. Ст. 258.

³ Там само. 2005. № 6. Ст. 136.

Межу між звичайним і іррегулярним зберіганням прийнято позначати беручи до уваги властивості речей, що дозволяє здійснити їх поділ на індивідуально визначені і такі, що володіють родовими ознаками. Тоді, коли предметом звичайного зберігання є речі індивідуально визначені, іррегулярне зберігання можливе лише щодо речей з родовими ознаками. Проте вказана точка зору потребує уточнення. У зв'язку з цим доцільно звернутись до ст. 941 ЦК України. Зауважимо, що об'єктом іррегулярного зберігання є не просто речі, що володіють родовими ознаками, а саме «речі, визначені в договорі родовими ознаками». Законодавець явно акцентував увагу на тому, що родовою є річ (товар), яка визначена такою у відповідному договорі. Таким чином, зберігання стає іррегулярним не тому, що річ належить до родових, а лише як наслідок того, що зміст договору передбачає можливість зберігача замінювати передані речі. Вся суть лежить у тому, що договір складського зберігання нехтує в таких випадках тими індивідуальними ознаками, які можуть бути властиві предмету договору. І навпаки, при звичайному зберіганні обов'язковою є індивідуалізація предмета договору¹.

З викладених позицій стає зрозумілим, чому у ст. 941 ЦК України встановлена вимога, що іррегулярний характер зберігання має лише «у випадках, прямо передбачених договором зберігання».

За всього широкого розповсюдження іррегулярного зберігання в товарному обороті і дотепер немає єдності в питанні про те, хто повинен вважатися в таких випадках власником речей, що зберігаються. Це питання є ключовим, від нього залежить зміст відносин, що складаються між учасниками при іррегулярному зберіганні.

Важливо визначити ступінь ідентифікації товарів у договорі при укладенні договору іррегулярного зберігання. Об'єктом зберігання із знеособленням відповідно були речі, які визначались родовими ознаками. Однак, на думку М. В. Зімельової, це визначення вимагає уточнення, а саме: «об'єктом знеособлення є товар “того ж сорту”», а не роду». Речі однакового сорту узагальнюються не поняттям родових речей, а відмінним від нього поняттям речей замінних. Поняття роду включає дуже широкі категорії предметів, для того щоб між ними

¹ Брагинский М. И. Договор хранения. Москва : Статут, 1999. С. 78–86.

могла існувати якісна тотожність і еквівалентність, що є необхідними передумовами заміності.

Подібне зауваження є справедливим з практичної точки зору – зерно в цілому як продукт є річчю, яка визначається родовими ознаками, проте між собою різняться за сортами.

Проте уточнення в цій частині відповідних правових норм очевидно все одно не забезпечить повністю захист інтересів покладавця. Продукція одного і того ж сорту (наприклад, окремі види овочів) може відрізнитися за іншими ознаками, наприклад, за розміром. Крім того, поняття «сорт» не застосовується до деяких товарів, наприклад, до нафти.

Тож при укладенні договору зберігання із знеособленням у товарного складу виникає обов'язок повернути покладавцеві ту ж кількість товару тієї ж якості. А обов'язок повернення речей того ж роду і якості обумовлений характером і природою цього виду товару. Зберігання зі знеособленням становить невід'ємну частину договору зберігання на товарному складі.

Згідно з ч. 1 ст. 937 ЦК України договір зберігання має укладатися у письмовій формі в усіх випадках, передбачених у ст. 208 ЦК, а саме:

- якщо договір укладається між юридичними особами;
- у разі, коли договір укладається між фізичною та юридичною особою (загальні положення ЦК України про форму правочинів містять виняток із цього правила – правочини, які повністю виконуються сторонами у момент їх вчинення, можуть бути укладені в усній формі, але, оскільки зберігання завжди розтягнуто у часі, то цей виняток не може застосовуватись до договору зберігання);
- при укладенні договору між фізичними особами (у тому числі й за участю фізичних осіб – підприємців) на суму, що перевищує у двадцять та більше разів розмір неоподаткованого мінімуму доходів громадян (тобто за чинним законодавством на суму понад 340 грн).

Крім того, у письмовій формі має бути укладений договір зберігання, за яким зберігач зобов'язується прийняти річ на зберігання у майбутньому (незалежно від вартості цієї речі).

З викладеного можна зробити висновок, що усна форма договору зберігання допускається лише у разі укладення реального договору зберігання між фізичними особами на суму до 340 грн.

Прийняття речі на зберігання (зазвичай короткострокове) може бути підтверджено також виданим поклажодавцеві номерним жетоном або іншим знаком, якщо це встановлено законом актами цивільного законодавства чи є звичним для цього виду зберігання (наприклад, як при здачі до гардеробу верхнього одягу) – такі знаки прирівнюються до письмових доказів.

Не потребує спеціального оформлення зберігання речей (крім грошей, цінних паперів, коштовностей) у готелях, гуртожитках, мотелях, будинках відпочинку, пансіонатах, санаторіях та інших організаціях, у приміщеннях яких особа тимчасово проживає. Відповідно до ч. 1 ст. 975 ЦК України готель відповідає за схоронність речей, внесених до готелю особою, яка проживає у ньому. На перший погляд, таке законодавче правило є демократичним і надійно охороняє майнові права у разі втрати в цих приміщеннях майна особи, що в них поселяється. Однак воно не виключає можливих спорів щодо вартості втрачених речей, їх тотожності та ін. Щоб уникнути труднощів у підтвердженні цих фактів, на наш погляд, ч. 1 ст. 975 ЦК України можна було б доповнити нормою такого змісту: «Мешканець готелю має право оголосити вартість внесених до готелю речей у відповідній декларації».

Усе вищевикладене дає підстави для висновків про те, що у гл. 66 «Зберігання» ЦК України відносини зберігання майна одержали в цілому досить повне і високоефективне правове врегулювання, що є значним кроком у вдосконаленні інституту зберігання. Водночас окремі його норми, у тому числі щодо укладення та форми договору зберігання ще потребують певних змін та доповнень¹.

Договір складського зберігання, як зазначається в ч. 3 ст. 957 ЦК України, укладається у письмовій формі, яка вважається дотриманою за умови посвідчення факту прийняття товару на товарний склад складським документом. Такими складськими документами можуть бути: складська квитанція; просте складське свідоцтво; подвійне складське свідоцтво (ст. 961 ЦК України). Перераховані документи самі по собі не є договором зберігання у прямому його розумінні, але слугує належним доказом, що підтверджує наявність договірних відносин зберігання². Дана позиція вимагає уточнення. Річ у тім, що не у всіх ви-

¹ Грамацький Е. М. Договір зберігання у цивільному праві : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2004. С. 115–116.

² Там само. С. 116.

падках складський документ може замінити сам договір зберігання на товарному складі. У ч. 3 ст. 957 ЦК України прямо вказано, що складський документ посвідчує не тільки укладення договору, а й передання товару на склад, тобто в цьому випадку можна говорити про дотримання форми укладення лише при укладенні реального договору зберігання на товарному складі. Виникає питання, як слід врегулювати відносини сторін за договором зберігання на товарному складі, в якому йдеться про обов'язок зберігача прийняти річ на зберігання в майбутньому. В цьому випадку слід керуватися положеннями ч. 1 ст. 937 ЦК України, яка закріплює обов'язкове укладення в письмовій формі консенсуального договору зберігання на товарному складі. Таким чином, укладаючи консенсуальний договір зберігання на товарному складі, обов'язково його оформляти у вигляді окремого письмового документа, а передача товару на зберігання буде посвідчуватись складським документом. У разі ж укладення реального договору зберігання на товарному складі укладати окремий письмовий документ, що підтверджує факт укладення договору і його умови, не потрібно, достатньо видачі складського документа.

Складські свідоцтва, які видаються для підтвердження передачі товару на товарний склад, не є формою договору і ототожнювати їх з договором неможливо. Письмова форма договору є фіксацією його умов, гарантує домовленість сторін договору і можливість вимоги належного виконання умов, обумовлених контрагентами. У свою чергу, правовий зміст товаророзпорядчого паперу зводиться не до простої фіксації умов договору, що є основою видачі цього документа, а полягає в можливості розпоряджатися товаром без його фізичного переміщення. Крім того, подвійне складське свідоцтво, так само як і просте, засвідчуючи укладення договору зберігання на товарному складі, не може повністю його замінити, оскільки повністю усі умови цього договору не можуть бути зафіксовані його бланком, виходячи із законодавчого визначення реквізитів складського свідоцтва. Тому при укладенні договору зберігання на товарному складі доречно рекомендувати контрагентам окремо укладати договір у письмовій формі і видачу подвійного або простого складського свідоцтва¹.

Складська квитанція за своєю природою не є ні цінним папером, ні товаророзпорядчим документом. Вона засвідчує укладення догово-

¹ Хайбрахманов Р. Р. Двойное складское свидетельство как ценная бумага : дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2009. С. 81.

ру зберігання на товарному складі, а також містить відомості про кількість та номенклатуру товару, прийнятого на зберігання.

Складська квитанція не є оборотним документом, а отже, не може передаватися через вчинення передавального напису (індосаменту). При цьому передача відповідного товару набувачеві здійснюється лише шляхом погашення попередньої квитанції та видачі товарним складом новому власнику нової складської квитанції. ЦК України, а також інші нормативні акти не містять вимог до змісту складської квитанції та не встановлюють її обов'язкових реквізитів. Тому доцільним є внесення до квитанції відомостей, які передбачені в ч. 2 ст. 962 ЦК України, що позбавить від непорозумінь в оформленні складської квитанції. Порядок оформлення складської квитанції не визначено в § 2 гл. 66 ЦК України. Відповідно товарний склад може скласти її у довільній формі, і в ній мають бути вказані всі істотні умови договору: предмет, об'єкт зберігання і строк, якщо товар передається на товарний склад на певний період часу.

Простим свідоцтвом товарного складу є документ, що його видає товарний склад для засвідчення факту прийняття на зберігання певного товару. Вказаний документ є підставою для отримання товару від товарного складу.

Подвійне складське свідоцтво складається з двох частин: складського свідоцтва та заставного свідоцтва. Частини подвійного свідоцтва можуть перебувати в обороті і разом, і окремо. Складське свідоцтво засвідчує належність товару конкретній особі, визначає його основні ознаки, обов'язки покладавця і засвідчує прийняття товару на зберігання товарним складом. Заставне свідоцтво є документом, який використовується для передачі товару в заставу. Він засвідчує право застави, видається заставодержателю, який може передавати його іншим особам за передавальним написом (індосаментом). У складському свідоцтві робиться запис про суму та строк застави.

Володілець складського та заставного свідоцтва має право розпоряджатися товаром, що зберігається на сертифікованому товарному складі. Володілець заставної частини подвійного складського свідоцтва (заставного свідоцтва) має лише право застави на товар. Спостерігається певна неузгодженість у визначенні прав володільця лише складського свідоцтва як частини подвійного складського свідоцтва. За ЦК України володілець лише складського свідоцтва має право розпоряджатися

товаром. У Законі зазначено, що володілець складської частини подвійного складського свідоцтва не має права розпоряджатися цим свідоцтвом без згоди заставодержателя (володільця заставного свідоцтва). Відносини опосередковані товаророзпорядчими паперами конструюються як право на право. Передання цих свідоцтв у порядку індосаменту на підставі ст. 25 Закону свідчить про перехід прав, пов'язаних з товаром, до іншої особи. Якщо ж володілець складської частини подвійного складського свідоцтва не має права розпоряджатися цим свідоцтвом без згоди заставодержателя, то він і не може розпоряджатися товаром, що є на складі, без згоди заставодержателя. Заставодержатель, яким є володілець заставного свідоцтва, має право застави на товар. Саме з права застави впливає неможливість для власника товару, яким є володілець складського свідоцтва, розпоряджатися цим товаром без згоди заставодержателя. Тому ч. 2 ст. 963 ЦК України має бути уточненою: «володілець лише складського свідоцтва має право розпоряджатися товаром з дозволу володільця заставного свідоцтва».

Заставна частина подвійного складського свідоцтва (англ. *warrant* – повноваження, довіреність) – досить новий вид цінного папера. Заставна частина подвійного складського свідоцтва – це борговий цінний папір, який засвідчує безумовне право його власника на отримання від боржника виконання за основним зобов'язанням, за умови, що воно підлягає виконанню в грошовій формі, а в разі невиконання основного зобов'язання – право звернути стягнення на предмет застави.

Передача заставного свідоцтва оформляється не за допомогою акта, підписаного обома сторонами, а за передавальним написом (індосаментом). Підставою для відокремлення варанта та вручення його заставодержателю є договір застави (у відношенні до зерна як товару, що зберігається на складі). За допомогою варанта лише «посвідчується» право застави, що впливає з договору застави. Необхідність укладення такого договору прямо впливає з ч. 3 ст. 14 Закону України «Про сертифіковані товарні склади та прості і подвійні складські свідоцтва». Відповідно до ч. 3 ст. 14 Закону України «Про сертифіковані товарні склади та прості і подвійні складські свідоцтва» застава товару, прийнятого на зберігання за подвійним складським свідоцтвом, виникає з моменту укладення відповідного договору застави, але після відокремлення і передачі заставної частини складського свідоцтва (заставного свідоцтва) від заставодавця заставодержателю.

Щоб уникнути неоднозначного тлумачення норм про подвійне складське свідоцтво, пропонується прямо вказати в ЦК України, що цінний папір є ордерним. А тому доцільно доповнити п. 1 ст. 961 ЦК України, положенням про те, що подвійне складське свідоцтво і кожна з його частин є ордерними цінними паперами, адже складається на ім'я визначеного набувача, який передає його в порядку індосаменту. Якщо особа, котра передає ордерний цінний папір, не зазначає, кому вона його передає, а тільки ставить свій підпис, то ордерний цінний папір може передаватися простим врученням.

Договір зберігання може бути укладеним на певний строк, на невизначений або ж до моменту пред'явлення поклажодавцем вимоги про повернення речі, але у будь-якому разі у відносинах зберігання значення строку є досить своєрідним, оскільки він окреслює лише межі обов'язків зберігача. Так, при укладенні строкового договору, зберігач має право вимагати від поклажодавця забрати своє майно тільки після спливу строку дії договору, тоді як поклажодавець, навпаки, може зажадати повернення свого майна у будь-який час. У разі, якщо договір зберігання укладено на невизначений строк, зберігач повинен, відповідно до ч. 2 ст. 938 ЦК України, зберігати річ до пред'явлення поклажодавцем вимоги про її повернення. І лише у випадку, коли річ було здано на зберігання до моменту витребування, зберігач може зі спливом звичайного за цих обставин строку зберігання вимагати від поклажодавця забрати свою річ у розумний строк (ч. 3 ст. 938 ЦК України).

Беручи до уваги послідовність дій сторін, спрямованих на виконання договору, доцільно класифікувати їх права та обов'язки на такі групи:

1. Права та обов'язки сторін щодо передання та приймання товару на товарний склад: прийняття товару на зберігання, якщо договір зберігання на товарному складі є консенсуальним; огляд за свій рахунок товарів під час прийняття їх на зберігання для визначення їхньої кількості та зовнішнього стану (ч. 1 ст. 959 ЦК України); видача поклажодавцеві складського документа.

2. Права та обов'язки сторін щодо забезпечення схоронності товару та оплати послуг зі зберігання на товарному складі: забезпечення збереження прийнятих товарів; надання поклажодавцеві можливості оглядати товар або його зразки протягом усього часу зберігання, а якщо об'єктом зберігання є речі, визначені родовими ознаками, –

взяття проб та вжиття заходів, необхідних для забезпечення його схоронності (ч. 2 ст. 959 ЦК України); страхування товару, прийнятого на зберігання, від ризиків втрати, знищення, нестачі або пошкодження у порядку, встановленому Законом України «Про страхування», якщо інше не передбачено договором зберігання на товарному складі. Якщо договір не передбачає страхування товару, на складському свідоцтві робиться напис «Без страхування» (ст. 15 Закону України «Про сертифіковані товарні склади та прості і подвійні складські свідоцтва»); вжиття заходів, передбачених законом або договором щодо збереження переданого йому товару (ч. 1 ст. 19 Закону України «Про сертифіковані товарні склади та прості і подвійні складські свідоцтва»); самостійне вжиття невідкладних заходів щодо зміни умов зберігання, якщо це потрібно для забезпечення схоронності товару, та повідомлення про них покладавця (ч. 1 ст. 960 ЦК України); у разі виявлення пошкодження товару негайне складання акта і повідомлення про це покладавця (ч. 2 ст. 960 ЦК України); отримання винагороди за зберігання на товарному складі.

3. Права та обов'язки сторін щодо розпорядження товаром, що зберігається на товарному складі.

4. Права та обов'язки сторін щодо видачі та прийняття товару: повернення товару у стані, визначеному договором зберігання на товарному складі, на першу вимогу покладавця, навіть якщо строк його зберігання не закінчився, за умови пред'явлення та наступного передання зберігачеві з метою погашення простого складського свідоцтва або обох частин подвійного складського свідоцтва (ст. 16, ч. 2 ст. 19 Закону України «Про сертифіковані товарні склади та прості і подвійні складські свідоцтва»); покладавець зобов'язаний прийняти товар назад від зберігача в строк, передбачений договором.

5. Інші права та обов'язки сторін, до яких належать експедиторські обов'язки товарного складу полягають у тому, щоб здійснювати реєстрацію всіх товарів, що прибувають на зберігання в особливому журналі; оплату залізничного тарифу й інших зборів за товари, що прибувають або відвантажуються; приймання продукції від транспортних організацій і складання в необхідних випадках актів; передання актів і інших приймальних документів другій стороні; оформлення документів на відвантаження товарів зі зберігання, утилізація товарів, які не відповідають вимогам якісних характеристик, а також можуть

завдати шкоди іншим об'єктам, які зберігаються на складі¹. Покладання на зберігача вказаних додаткових обов'язків є економічно доцільним у зв'язку з тим, що при цьому відпадає потреба утримання поклаждодавцем на складах зберігача паралельного експедиторського і товарознавчого персоналу, а також скорочується документація і спрощується облік товарів на зберіганні. Якщо ж товарний склад відповідно до умов договору, крім забезпечення збереження товарів, надає інші, пов'язані зі зберіганням послуги, наприклад, операції із сортування товарів, переупаковки, то такі послуги можуть бути включені до обов'язків товарного складу, а отже, він нестиме відповідальність перед поклаждодавцем у разі порушення відповідних обов'язків.

З моменту передачі товарів зберігачеві його основним обов'язком стає забезпечення їх збереження. У ст. 942 ЦК України розкривається зміст цього обов'язку, вказуючи на те, що зберігач зобов'язаний ужити всіх передбачених договором зберігання заходів для забезпечення збереження речей, переданих на зберігання. Якщо в договорі такі заходи не передбачені, то зберігач для виконання цього обов'язку повинен ужити всіх заходів, які передбачені законами, визначені іншими правовими актами, відповідають звичаям ділового обороту і властивостям переданої на зберігання речі.

Характеризуючи обов'язок товарного складу щодо забезпечення схоронності товару, слід указати на те, яким способом він може забезпечити себе від несприятливих наслідків, пов'язаних із псуванням або пошкодженням товарів. Товарний склад може добитися цього шляхом страхування за свій рахунок прийнятих на зберігання товарів. Цей обов'язок закріплено у ст. 15 Закону України «Про сертифіковані товарні склади та прості і подвійні складські свідоцтва», згідно з якою сертифікований товарний склад повинен застрахувати товар, прийнятий на зберігання, від ризиків втрати, знищення, нестачі або пошкодження в порядку, встановленому Законом України «Про страхування», якщо інше не передбачене договором зберігання на товарному складі. Це дасть змогу і поклаждодавцеві, і зберігачеві захистити себе від можливих збитків.

Забезпечити збереження прийнятих товарів – основний обов'язок товарного складу, що визначає мету і зміст відносин зберігання. Закон

¹ Демчук А. М. Істотні умови договору зберігання на товарному складі. *Наук. вісн. Ужгород. нац. ун-ту. Серія: Право.* 2013. Ч. 1, т. 1, вип. 21. С. 207–211.

не містить конкретного переліку і характеру заходів, які повинен здійснити зберігач для того, щоб забезпечити збереження товарів. Тому професійний зберігач повинен уживати всіх заходів, передбачених договором або необхідних для забезпечення збереження товарів (ч. 1 ст. 942 ЦК). У разі відсутності у договорі таких умов або при їх неповноті зберігач також повинен вжити для збереження товару заходів, які відповідають звичаям ділового обороту, якщо тільки необхідність застосування цих заходів не унеможливлена договором. Отже, якщо зберігання є професійним обов'язком зберігача і здійснюється на засадах відплатності, то відповідальність зберігача відповідно підвищується.

Обов'язковими для зберігача є, зокрема, всі заходи щодо забезпечення збереження товарів, указані в державних стандартах, технічних умовах, інструкціях, правилах зберігання окремих товарів та інших нормативних актах, що регламентують порядок приймання, складування, зберігання товарів і їх обробки під час зберігання. На підставі цього в договорах складського зберігання при визначенні обов'язку зберігача для забезпечення збереження товарів бажаними є посилання на відповідні технічні умови, інструкції і правила зберігання. Закони та інші законодавчі акти також можуть установлювати певні правила зберігання харчових продуктів, фармацевтичної продукції, вибухонебезпечних речовин тощо. Так, у процесі зберігання харчових продуктів зберігачі мають дотримуватися вимог законів України «Про безпечність та якість харчових продуктів» та «Про захист прав споживачів», Правил продажу продовольчих товарів та Правил роботи підприємств громадського харчування тощо. Всі зберігачі мають дотримуватися правил пожежної безпеки, санітарних правил.

У випадку, коли зберігання здійснюється безоплатно, зберігач повинен піклуватися про річ як про свою власну (ч. 2 ст. 942 ЦК України). Це означає, що від зберігача можна вимагати вжиття лише тих заходів для забезпечення схоронності речі, які він вживає щодо своїх речей того ж самого виду й призначення, – такого зберігача не можна звинувачувати у тому, що він не вжив певних заходів для схоронності чужого майна, якщо він не застосував їх і для збереження власних речей (скажімо, не встановив додаткових охоронних пристроїв, не вжив застережних заходів проти можливого псування речей від молі, вологості тощо). Але якщо, наприклад, зберігач при загаль-

ній небезпеці (пожежі, повені) врятував лише свої речі, то він має нести відповідальність за загибель майна, переданого йому на зберігання (якщо тільки не доведе, то прийняті на зберігання речі врятувати було неможливо).

За загальним правилом, встановленим у ч. 1 ст. 943 ЦК України, зберігач повинен виконувати свої обов'язки за договором зберігання особисто – тобто передати річ на зберігання іншій особі він може лише за згодою поклажодавця. Проте у ч. 2 ст. 943 ЦК України передбачено виняток із цього правила – зберігач має право передати річ на зберігання іншій особі й без попередньо одержаної згоди поклажодавця, якщо він вимушений це зробити в інтересах останнього і не має можливості отримати його згоду. Це випадки, коли будь-які обставини загрожують цілості майна поклажодавця, а зберігач засобами, що є в його розпорядженні, не може відвернути таку загрозу. У такому разі, відповідно до ч. 2 ст. 943 ЦК України, зберігач повинен своєчасно повідомити поклажодавця про вимушену передачу його майна на зберігання іншій особі. При цьому поклажодавець, отримавши повідомлення про зміну особи зберігача, може у будь-який час відмовитися від договору зберігання, якщо він незгоден зі зміною сторін у зобов'язанні.

На умови договору зберігання заміна зберігача не впливає – згідно з нормою ч. 3 ст. 943 ЦК України первісний зберігач відповідає за дії особи, якій він передав річ поклажодавця на зберігання. Тобто у випадку неналежного зберігання речі стороною, що прийняла її від первісного зберігача, саме останній нести відповідальність перед поклажодавцем, але, у свою чергу, може подати регресний позов до особи, що фактично порушила умови договору зберігання.

Про зміну умов зберігання та повернення речі.

В інтересах поклажодавця у ч. 1 ст. 945 ЦК України встановлено обов'язок зберігача у разі небезпеки втрати, нестачі чи пошкодження речі змінити спосіб, місце та інші умови зберігання, що були спочатку обумовлені у договорі. Про таку загрозу зберігач повинен негайно повідомити поклажодавця і отримати його відповідь, але якщо очікувати вказівок поклажодавця без небезпеки для речі неможливо, то зберігач має право на власний розсуд змінити умови її зберігання, вжити термінових заходів для запобігання її знищенню, ушкодженню чи псуванню.

У випадку, якщо річ, яка є на зберіганні, пошкоджено або виникла реальна загроза її пошкодження чи інші обставини, що не дають змоги

забезпечити її схоронність, а вжиття заходів з боку поклажодавця очікувати неможливо, зберігач, відповідно до ч. 2 ст. 945 ЦК України, має право самостійно реалізувати річ або її частину та відшкодувати свої витрати з суми виторгу, якщо зазначені обставини виникли з причин, за які зберігач не відповідає (наявність таких обставин доводиться зберігачем). Таке право зберігача не суперечить природі зобов'язань зі зберігання; оскільки у даному випадку реалізація речі поклажодавця здійснюється в його інтересах та сприяє зменшенню збитків.

Якщо ж зберігач винен у виникненні обставин, що призвели до знищення чи пошкодження речі, то він повинен відшкодувати поклажодавцеві завдані йому збитки із заліком суми, отриманої від реалізації речі.

Обов'язок зберігача щодо належного виконання договору зберігання полягає не лише у забезпеченні схоронності речі поклажодавця та вжиття усіх необхідних для цього заходів, а й у поверненні поклажодавцеві речі, переданої ним на зберігання, у тому ж самому стані, в якому вона була прийнята (з урахуванням змін, викликаних природними властивостями речі). У випадку виникнення спору про тотожність речей, прийнятих на зберігання, та речей, повернутих поклажодавцю, для його вирішення, незалежно від того, чи були дотримані вимоги законодавства щодо форми договору зберігання, можуть бути використані свідчення свідків (ч. 3 ст. 949 ЦК України).

Якщо зберігач не повертає поклажодавцю його річ, останній має право вимагати примусового виконання зберігачем його обов'язку з повернення речі у натурі – при цьому поклажодавцеві достатньо подати лише докази, що підтверджують факт передачі речі на зберігання.

Згідно з ч. 1 ст. 946 ЦК України плата за зберігання та строки її внесення встановлюються договором зберігання. З цього приводу в літературі зазначалося, що ст. 946 ЦК України прямо не встановлює ні презумпції оплатності, ні безоплатності, однак комплексний аналіз усіх статей про зберігання дає підстави для визнання його оплатним, якщо інше не передбачено договором або законом. Однак, на наш погляд, таке припущення не є безспірним, адже воно безпосередньо не ґрунтується на законі. Більше того, у ч. 4 ст. 946 ЦК України міститься норма про те, що установчим документом юридичної особи або договором може бути передбачено безоплатне зберігання речі. Така норма лише ускладнює досліджувану ситуацію, оскільки згідно з ч. 1 цієї ж статті плата за зберігання та строки її внесення встановлюються

договором зберігання, що, власне, не перешкоджає сторонам відповідно до ч. 1 встановити безоплатність цього договору. За таких обставин ч. 4 ст. 946 ЦК України виявляється зайвою і лише перешкоджає виявленню оплатності чи безоплатності договору зберігання. З її тексту можна також дійти висновку про те, що фізичні особи начебто не можуть передбачити безоплатність договору зберігання. Однак насправді це не так, фізичним особам не встановлена ЦК України заборона передбачати в договорі як його оплатність, так і безоплатність.

Відсутність чіткої законодавчої позиції щодо оплатності чи безоплатності договору зберігання може призводити лише до зайвих спорів, якщо сторонами не буде визначена плата за надання послуг зі зберігання майна. Усуненню неоднозначності у цій ситуації могла б слугувати інша редакція ч. 1 ст. 946 ЦК України, яка могла б бути такою: «Договір зберігання є оплатним, якщо інше не передбачено договором, законом, спеціальними правилами окремих видів зберігання, установчими документами юридичної особи». У такому разі відпадає потреба у збереженні ч. 4 ст. 946 ЦК України¹.

Плата за зберігання може встановлюватися за домовленістю сторін або визначатися стандартними правилами. При цьому можна виділити такі способи внесення плати за зберігання. У першому випадку всю вартість зберігання покладавець сплачує під час передання товару на склад. Цей спосіб застосовується, якщо у договорі точно визначений строк зберігання, а партія товару невелика. У другому випадку частина винагороди виплачується товарному складу при переданні товару на зберігання, а частина – під час його повернення покладавцеві. Цей порядок застосовується, коли покладавець має намір продати товар шляхом передання складських документів, які йому видає товарний склад. Частину винагороди, що йому залишилася, за зберігання повинен буде сплатити новий власник товару. У третьому випадку вся сума винагороди передається при отриманні товару зі зберігання. Так само, як і в попередньому випадку, ця форма переважно застосовується, якщо покладавець хоче швидко продати товар. Тому тягар сплати винагороди ляже на нових власників складських документів. По-четверте, послуги зі зберігання можуть оплачуватися частинами протягом усього строку зберігання, їх розмір сторони визначають за

¹ Грамацький Е. М. Договір зберігання у цивільному праві : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2004. С. 20.

згодою. Останній спосіб найбільш ефективний, за умови, якщо обсяг переданого товару і строк його зберігання великий, а сума винагороди для одноразового платежу – висока.

Законодавство регулює порядок сплати покладавцем винагороди, якщо він несвоєчасно виконає свій обов'язок забрати товар зі складу. В цьому випадку за подальше зберігання товару після закінчення строку договору, якщо в ньому не передбачено інше, покладавець зобов'язаний сплатити зберігачеві відповідну винагороду, а сам зберігач за таких умов має право на пропорційну частину плати за договором – за фактичний час зберігання. Це правило застосовується і в тому разі, коли покладавець повинен забрати товар до закінчення строку зберігання. У цій ситуації зберігач продовжує виконувати свої обов'язки, незважаючи на закінчення строку зберігання, оскільки це не означає припинення зобов'язань товарного складу щодо забезпечення схоронності товару.

Розглядаючи питання про структуру плати за зберігання товарів, слід відзначити: якщо інше не передбачене договором зберігання, згідно з ч. 1 ст. 947 ЦК України витрати товарного складу зі зберігання можуть включатися до плати за зберігання. За своїм характером витрати зберігача на зберігання товару поділяються на витрати, які можуть бути включені до плати (винагороди) за зберігання, та витрати, які сторони договору не могли передбачити (надзвичайні витрати). Останній вид витрат може складатися з тих, які зберігач вимушений був здійснити для належного виконання умов договору. За загальним правилом до плати (винагороди) за надання послуг за цивільно-правовим договором звичайні витрати, необхідні для зберігання товарів, не входять. Принаймні вони в договорах виділяються в окремий пункт із зазначенням виду витрат та їх розміру. Однак згідно з ч. 1 ст. 947 ЦК України такі витрати можуть бути зараховані до плати за зберігання.

Потрібно відзначити, що зберігач повинен сам для себе вирішити, які витрати йому необхідно буде здійснити для належного виконання обов'язку із забезпечення збереження товару. Відповідно питання про те, чи належать витрати до необхідних, може виникнути тоді, коли буде йти мова про оцінку виконання зберігачем цього обов'язку. Таким чином, товарний склад бере на себе ризик того, що витрати, від яких він відмовився, можуть виявитися насправді необхідними. Із вказаної

причини особливого значення набуває виділення категорії надзвичайних витрат.

Розмір плати за зберігання, строки та порядок її внесення встановлюються у договорі. ЦК України не містить спеціальних норм, які регулюють виконання вказаного обов'язку поклажодавцем за договором складського зберігання. Однак Закон України «Про зерно та ринок зерна в Україні» встановлює декілька спеціальних правил, що мають на меті врегулювати здійснення оплати за договором складського зберігання зерна. Так, згідно зі ст. 28 зазначеного Закону, якщо зберігання зерна припинилося достроково не з вини зернового складу, то він має право на пропорційну частину плати. Якщо поклажодавець після закінчення строку дії договору складського зберігання зерна не забрав зерно назад, він зобов'язаний внести плату за весь фактичний час його зберігання.

Крім того, витрати, які сторони не могли передбачити під час укладення договору складського зберігання зерна (надзвичайні витрати), відшкодовуються понад плату, яка належить зерновому складу, якщо інше не передбачено договором складського зберігання зерна (ч. 1 ст. 30 Закону України «Про зерно та ринок зерна в Україні»).

Товар, переданий на зберігання, зберігач повинен повернути поклажодавцеві у тому стані, у якому його було прийнято на зберігання, з урахуванням його природного погіршення, природного спаду або іншої зміни внаслідок його природних властивостей (ст. 949 ЦК України). Видача (відвантаження) товарів поклажодавцю, у розпорядженні якого знаходиться товар, є обов'язком зберігача. У зобов'язаннях, які випливають з договору зберігання, порядок видачі (відвантаження) товарів зберігачем визначається сторонами в договорі. Природно, що в цьому випадку поклажодавець, що здав товари на зберігання, не має права вимагати від зберігача видачі (відвантаження) товарів іншим способом, ніж тим, який передбачено договором.

За наявності конкретної вказівки про спосіб видачі (відвантаження) товарів зберігач зобов'язаний їх виконати точно, а в разі порушення цієї вказівки на нього може бути покладена відповідальність за додаткові витрати, які виникли з вини поклажодавця. Якщо вказівки про конкретний спосіб видачі (відвантаження) товарів немає, зберігач має право виконати розпорядження поклажодавця про відвантаження будь-яким звичайним для цього виду товару способом.

Водночас договір зберігання на товарному складі має низку особливостей, пов'язаних із належним виконанням цього обов'язку. Поклаждавець має право у будь-який час зажадати повернення товару від зберігача (ст. 953 ЦК України). За наявності в договорі вказівки про строки зберігання товарів поклаждавець не позбавлений права зажадати їх назад достроково у будь-який час. Товарний склад зобов'язаний видати товар негайно, але з урахуванням режиму роботи складу і способу зберігання.

Виконання договору зберігання має здійснюватися відповідно до вимог закону та умов договору. Правові засади виконання договору зберігання закріплено в ст. 943 ЦК України. Так, ч. 1 зобов'язує зберігача особисто виконувати взяті на себе обов'язки зі зберігання. Це загальне правило діє незалежно від того, чи в договорі передбачено особисте виконання обов'язків зі зберігання, чи такого застереження немає. Однак наявність такої норми не перешкоджає сторонам передбачати в договорі інші умови виконання обов'язків зі зберігання¹.

Розглядаючи права й обов'язки товарного складу, крізь призму належного виконання, слід відзначити, що він не має права без згоди поклаждавця передавати товар на зберігання третій особі, а отже, повинен виконати зобов'язання особисто. Це пов'язано з тим, що поклаждавець, укладаючи договір, зазвичай враховує індивідуальні особливості зберігача: чи заслуговує він довіри і, зокрема, чи спроможний за своїм фінансовим станом нести відповідальність за можливі заподіяні збитки, а також чи на складі необхідні для цього товару умови зберігання.

Однак у виняткових випадках, у разі виникнення непередбачуваних обставин, які унеможливають здійснення зберігання товару на складі, товарний склад за згодою поклаждавця може передати товар на зберігання іншій особі. Проте передання зберігачем речі на зберігання іншій особі не приводить до виникнення нового договірної правовідношення між поклаждавцем і вторинним зберігачем. Усі вимоги щодо втрати, пошкодження, псування поклажі поклаждавець має адресувати первісному зберігачеві, який несе повний ризик за вибір вторинного зберігача та відповідно за дії останнього. У свою чергу, первісний зберігач не позбувається прав за договором зберігання, у тому числі на винагороду за умови належного виконання своїх

¹ Договірне право України. Особлива частина : навч. посіб. / Т. В. Боднар [та ін.] ; за ред. О. В. Дзери. Київ : Юрінком Інтер, 2008. С. 693.

обов'язків. Витрати, що їх зазнав вторинний зберігач, має відшкодувати йому первісний зберігач¹.

Товарному складу необхідно одержати згоду поклажодавця на передання товару третій особі. У такій згоді, проте, немає потреби, якщо можливість такого передання було наперед передбачено в договорі або зберігач на користь поклажодавця через певні обставини змушений був передати товар на зберігання третій особі, а обставини склалися так, що одержати таку згоду товарний склад не мав можливості. У будь-якому випадку про передання товару на зберігання третій особі зберігач зобов'язаний негайно повідомити поклажодавця. Порушення цього обов'язку товарним складом саме по собі може спричинити несприятливі для нього наслідки.

У разі знищення або пошкодження товару поклажодавець отримує можливість довести, що, якби його вчасно повідомили про передання товару третій особі, можна було б уникнути знищення або пошкодження. Якщо ці обставини будуть доведені в суді, поклажодавець отримає право вимагати відшкодування збитків, які були йому таким чином заподіяні.

При переданні товару на зберігання третій особі договір і надалі пов'язує поклажодавця з колишнім зберігачем, оскільки в такому разі йдеться не про уступку прав і перевід боргу, а лише про покладання виконання на третю особу. За дії останньої в повному обсязі відповідає боржник (товарний склад), причому як за свої власні дії (ч. 3 ст. 943 ЦК України). Така вимога ґрунтується на тому, що договір зберігання має захищати насамперед інтереси поклажодавця. Тому його згода на передання товару третій особі має бути отримана належним чином. Винятки можуть становити тільки випадки, передбачені ч. 2 ст. 945 ЦК України.

ЦК України не передбачає можливості пред'явлення поклажодавцем яких-небудь вимог третій особі, як і третьою особою – поклажодавцю. Всі відносини пов'язують поклажодавця тільки з товарним складом, а товарний склад – тільки з поклажодавцем. При цьому, якщо товари були передані на зберігання третій особі без згоди поклажодавця, він має право вимагати від товарного складу відшкодування заподіяних збитків, за винятком випадків, коли склад був вимушений передати товари третій особі через обставини і позбавлений можливості

¹ Договірне право України. Особлива частина : навч. посіб. / Т. В. Боднар [та ін.] ; за ред. О. В. Дзери. Київ : Юрінком Інтер, 2008. С. 693–694.

заздалегідь одержати згоду покладавця. У межах договору зберігання на товарному складі покладавець позбавлений можливості пред'являти позов про відшкодування збитків третій особі, оскільки ЦК України такої можливості не передбачає.

Закон містить загальне правило, за яким товарний склад не має права розпоряджатися переданим на зберігання майном, але разом з тим він допускає низку винятків. Винятком із цього правила є ситуація, коли користування товарами необхідне для забезпечення їх збереження і не суперечить договору зберігання на товарному складі. У випадку, якщо товарний склад, порушуючи договір, користується переданими на зберігання товарами, він зобов'язаний відшкодувати заподіяні покладавцю збитки.

Вказані вище правила не повинні поширюватися цілком на ситуацію, за якої здійснюється зберігання товарів зі знеособленням. Якщо товарному складу при іррегулярному зберіганні окремі покладавці надають право користування товарами, що зберігаються, інші покладавці не мають права пред'являти товарному складу вимогу про відшкодування збитків, заподіяних внаслідок такого користування товарами. Вимагати відшкодування збитків покладавці зможуть лише у випадку, якщо буде доведено, що товарний склад користується товарами в більшій кількості, ніж це передбачено договорами з покладавцями, які надали складу право користування такими товарами.

Зберігач наділений правом самостійно вирішувати питання про продаж товару (або його частини), якщо під час зберігання виникла реальна загроза його пошкодженню, або товар уже піддався псуванню, або виникли обставини, що не дають змоги забезпечити його збереження, але при цьому своєчасного вжиття заходів від покладавця очікувати неможливо (ч. 2 ст. 945 ЦК України).

Цілком можлива ситуація передачі на зберігання товарному складу товарів, які є вибухонебезпечними, легкозаймистими, токсичними або отруйними і навіть радіоактивними, а товарний склад не знав і не міг знати про такі їх характеристики. Це питання не врегульоване законодавством. У такому разі для забезпечення належного збереження товару товарний склад має право в будь-який час знешкодити або знищити легкозаймистий, вибухонебезпечний або взагалі небезпечний за своєю природою товар без відшкодування покладавцю збитків.

Ураховуючи те, що товарний склад є професійним учасником ринку, він може скористатися цим правом лише при дотриманні двох умов.

По-перше, якщо товар був переданий на зберігання під неправильним найменуванням і зберігач під час його прийняття не міг шляхом зовнішнього огляду впевнитися в його небезпечних властивостях. При цьому сплачену винагороду за зберігання товарний склад не повертає, а якщо її не було сплачено, то він має право стягнути її з поклажодавця у повному розмірі.

По-друге, коли з відома і зі згоди зберігача такий товар був прийнятий на зберігання, але, незважаючи на дотримання умов його зберігання, є небезпечним для майна зберігача або третіх осіб, а обставини не дозволяють зберігачеві вимагати від поклажодавця негайно його забрати або він не виконує цю вимогу. У цій ситуації зберігач може знешкодити або знищити небезпечний товар без відшкодування поклажодавцеві збитків. При цьому необхідно враховувати, що поклажодавець не несе у такому разі відповідальності перед товарним складом і третіми особами за збитки, заподіяні у зв'язку зі зберіганням цього товару.

До обов'язків поклажодавця належить обов'язок забрати товар після завершення строків зберігання. Згідно з частинами 1, 2 ст. 31 Закон України «Про зерно та ринок зерна в Україні» зерновий склад зобов'язаний письмово за сім днів до закінчення строку зберігання зерна попередити поклажодавця про закінчення строку зберігання та запропонувати термін витребування зерна.

Однак періодично виникає ситуація, коли поклажодавець не виконує свого обов'язку забрати товар назад або ухиляється від отримання товару, тоді у зберігача з'являється право розпоряджатися товаром на свій розсуд, щоб запобігти збільшенню витрат на зберігання товару, а також покрити такі витрати. У таких випадках товар може бути реалізований. Для того щоб товарний склад правомірно скористався цією правомочністю, він повинен дотриматися певних умов. По-перше, зберігач зобов'язаний письмово попередити про свою правомочність поклажодавця. По-друге, товарний склад здійснює продаж за ціною, що склалася в місці зберігання, в порядку, передбаченому ЦК України. І, по-третє, сума, виручена від продажу товару, повинна передаватися поклажодавцеві за вирахуванням суми, що належить товарному складу, зокрема за його витрати на продаж товару.

У процесі виконання договору зберігання збитки можуть бути завдані як поклажодавцеві, так і зберігачеві – у будь-якому разі вони (чи принаймні їх частина) мають бути відшкодовані іншою стороною договору.

Так, згідно з ч. 1 ст. 951 ЦК України зберігач повинен відшкодувати збитки, завдані поклажодавцеві втратою (нестачею) або пошкодженням речі: у разі втрати майна – у розмірі її вартості, у разі пошкодження речі – у розмірі суми, на яку знизилася її вартість. Можливим є і випадок, коли з вини зберігача якість речі зміниться настільки істотно, що її більше неможливо буде використати за первісним призначенням, – у такому разі поклажодавець має право відмовитися від цієї речі та вимагати від зберігача відшкодування її вартості (ч. 2 ст. 951 ЦК України).

Досить часто розмір відповідальності зберігача є заздалегідь визначеним сумою оцінки майна, зазначеної у виданій зберігачем квитанції чи іншому документі. Проте, якщо поклажодавець доведе, що дійсна вартість втраченої чи пошкодженої речі є вищою за цю суму, то він має право вимагати і додаткових платежів – адже за сучасних умов вартість речей інколи швидко змінюється, а завдяки зазначеному праву поклажодавець може поновити свій попередній майновий стан і придбати нову аналогічну річ взамін втраченої.

Відповідальність зберігача за втрату чи пошкодження об'єкта зберігання значно зменшується, якщо поклажодавець прострочить строк зберігання (тобто не забере своє майно у строк, обумовлений у договорі) – у таких випадках зберігач, згідно з ч. 3 ст. 950 ЦК України, несе відповідальність лише за наявності з його боку умислу або грубої необережності, що призвели до втрати чи пошкодження речі поклажодавця. Таким чином, за несхоронність речей внаслідок простої необережності зберігач не відповідає (причому це правило поширюється як на звичайних, так і на професійних зберігачів, про підвищену відповідальність яких було зазначено вище).

Речі, що були передані на зберігання, можуть заподіяти зберігачеві досить значні збитки через свої природні шкідливі властивості (наприклад, унаслідок притаманній їм токсичності, вибухонебезпечності тощо). Якщо зберігач знав або повинен був знати про ці особливі властивості речей і все ж прийняв їх на зберігання, то він повинен був вжити всіх необхідних заходів, щоб запобігти таким збиткам, а тому у викладеній ситуації не можна притягти до відповідальності особу,

яка здала на зберігання такі речі. Але якщо зберігач, приймаючи майно, не знав і не міг знати про такі властивості речі, поклажодавець, відповідно до ст. 952 ЦК України, зобов'язаний відшкодувати зберігачеві завдані йому збитки (вони можуть полягати не лише у знищенні майна зберігача, а й в ушкодженні його здоров'я). Розмір відповідальності поклажодавця у таких випадках визначається за загальними правилами, встановленими у ст. 22 ЦК України та (або) ст. 23 ЦК України, а підставою відповідальності поклажодавця є його провина, що полягає у неповідомленні зберігачеві під час передання майна про небезпечні властивості зданої на зберігання речі.

Слід зауважити, що поряд з викладеними загальними правилами про зберігання, ЦК України містить й спеціальні норми, що регулюють окремі різновиди договору зберігання, зокрема, зберігання на товарному складі, у ломбарді, у банку, гардеробі організації, готелі тощо. Необхідно зважати на те, що згідно зі ст. 955 ЦК України зазначені спеціальні норми мають пріоритет перед загальними – адже умови договору зберігання значно розрізняються і залежно від особистості зберігача, і залежно від виду і властивостей речей, переданих на зберігання.

Основою звільнення зберігача від відповідальності за відмову прийняти товари буде непереборна сила або вина поклажодавця. Спеціальні правові терміни «випадок» і «непереборна сила» сучасні правові системи запозичили з римського приватного права, у якому, за загальним правилом, за випадок («casus») ніхто не відповідав. Лише в деяких особливих категоріях відносин, коли визнавалося за необхідне посилити відповідальність, допускалася відповідальність і за випадок. Але й тоді боржник усе ж міг звільнитися від відповідальності, якщо випадок, що стався, був винятковим, стихійною силою – *cui resisti non potest* (опір якій неможливий) або так званою *vis maior* (непереборною силою)¹.

Згідно з ч. 2 ст. 950 ЦК України встановлюється відповідальність професійного зберігача не лише за втрату (нестачу) або пошкодження речі, якщо він не доведе, що це сталося унаслідок непереборної сили, а й через такі властивості речі, про які зберігач, приймаючи її на зберігання, не знав і не міг знати, або внаслідок умислу чи грубої необережності поклажодавця. Інакше кажучи, законодавець встановлює

¹ Новокшонова Н. А. Договор хранения на товарном складе (гражданско-правовой и административно-правовой аспекты) : дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2002. С. 153.

підвищену відповідальність професійного зберігача, яка полягає у тому, що він має відшкодувати покладавцеві збитки, завдані втратою (нестачею) або пошкодженням речі навіть у тому випадку, коли в цьому не буде його вина. І лише дія непереборної сили може звільнити зберігача від відповідальності.

Перелік підстав, за яких товарний склад звільняється від відповідальності, вказаний у ч. 2 ст. 950 ЦК України, є ширшим порівняно з тими підставами звільнення від відповідальності, які встановлені ст. 617 ЦК України.

По-перше, товарний склад звільняється від відповідальності, якщо доведе, що втрата (нестача) або пошкодження товарів сталися внаслідок непереборної сили, тобто надзвичайних і непередбачених за тих умов обставин. Ця підстава для звільнення від відповідальності ґрунтується на положенні ст. 617 ЦК України. Товарний склад у такому випадку повинен надати докази того, що належне виконання зобов'язання виявилось неможливим унаслідок непереборної сили.

По-друге, товарний склад звільняється від відповідальності за втрату (нестачу) або пошкодження прийнятих на зберігання товарів, якщо доведе, що втрата, нестача або пошкодження сталися внаслідок властивостей товарів, про які товарний склад не знав і не міг знати, приймаючи річ на зберігання. У такому випадку доведенню підлягає не лише той факт, що склад не знав про специфічні властивості, що стали причиною пошкодження або втрати товарів. Має бути також встановлено, що товарний склад не міг знати про ці властивості. Оскільки товарний склад є професійним зберігачем, від покладавця не вимагається попереджати склад при передачі товарів на зберігання про їх небезпечні властивості, які можуть спричинити втрату або пошкодження товарів. Професійний зберігач за родом своєї діяльності повинен самостійно шляхом зовнішнього огляду визначати властивості товарів, що приймаються. Тому якщо покладавець не повідомить товарний склад про небезпечні властивості товарів, цей факт не може бути доказом того, що товарний склад не повинен знати про такі властивості майна, що зберігається. Товарний склад не нестиме відповідальності за втрату або псування товарів, викликані властивостями цих товарів, тільки в тому випадку, якщо такі товари були здані на зберігання під неправильним найменуванням і товарний склад, приймаючи їх, не міг способом зовнішнього огляду впевнитися в їх небезпечних властивостях.

Третьою підставою для звільнення товарного складу від відповідальності згідно ч. 2 ст. 950 ЦК України є умисел або груба необережність самого покладавця, що потягли за собою втрату (нестачу) або пошкодження товарів, прийнятих на зберігання. Товарний склад повинен довести наявність указаних вище підстав звільнення від відповідальності за неналежне виконання зобов'язань.

5.4. Загальні положення про договори з надання страхових послуг

Договір як унікальне правове явище у всіх правових системах є одним із основних елементів правопорядку, який юридично забезпечує дійсність обмінних процесів з метою задоволення потреб суспільства, окремих фізичних і юридичних осіб. Серед значної кількості зобов'язальних правовідносин договір страхування, який є правовим засобом зменшення негативних наслідків настання випадкових обставин (знищення майна, зменшення працездатності чи смерті застрахованої особи, настання інших страхових випадків), посідає важливе місце в системі договорів про надання послуг, що обумовлено тенденціями розвитку ринку страхових послуг.

На сьогодні правове регулювання страхових відносин здійснюється гл. 67 ЦК України, § 2 гл. 35 ГК України, Законом України «Про страхування»¹, іншими нормативно-правовими актами, правилами окремих видів страхування, не всі норми яких є взаємоузгодженими. Крім цього, гл. 63 ЦК України об'єднані загальні положення про договори з надання послуг, які застосовуються до різних видів договорів страхування субсидіарно, тобто тільки в тому випадку, якщо спеціальними правилами про ці договори не встановлено інше.

Зважаючи на те, що рівень розвитку відносин страхування, в основу якого покладено норми національного та міжнародного права, безпосередньо залежить від досконалості національних правових інститутів та законодавства, сьогодні, в умовах євроінтеграційних процесів,

¹ Про страхування : Закон України від 7 берез. 1996 р. *Відом. Верхов. Ради України*. 1996. №18. Ст. 78.

пов'язаних із підписанням Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії та їхніми державами-членами¹, з іншої сторони, визріла нагальна потреба в удосконаленні механізму правового регулювання приватноправового сегменту відносин у сфері надання страхових послуг. Істотний поштовх для цього дає судова практика вищих судових інстанцій, яка свідчить про непоодинокі випадки неоднакового застосування законодавчих приписів під час перегляду справ, пов'язаних зі сферою надання страхових послуг. Це є підтвердженням недосконалості правової регламентації страхових відносин, визначення статусу учасників договірних зобов'язань зі страхування, що зумовлено передусім відсутністю єдиного розуміння страхової послуги, її видів та інших проблем цивільного законодавства.

Для удосконалення існуючого механізму цивільно-правового регулювання договірних відносин зі страхування необхідним є аналіз нормативно-правових актів у цій сфері, дослідження міжнародного досвіду правового регулювання відносин із надання страхових послуг, теоретичне осмислення досягнень правової доктрини та правозастосовної практики. Як із теоретичної, так і з практичної точки зору актуальним є визначення місця договірних зобов'язань зі страхування в системі цивільно-правових зобов'язань, співвідношення предмета та об'єкта договору страхування, сутності страхової послуги та страхового ризику, забезпечення належного виконання зобов'язань зі страхування, відповідальності за невиконання чи неналежне виконання умов договорів страхування тощо.

Відповідно до ч. 1 ст. 979 ЦК України 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. З точки зору загальної характеристики цивільно-правових зобов'язань, договір страхування належить до двосторонніх, взаємних, оплатних, строкових, диспозитивно реальних,

¹ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: від 27 черв. 2014 р. URL: http://www.kmu.gov.ua/kmu/control/ru/publish/article?art_id=246581344& (дата звернення: 20.06.2020).

алеаторних (ризикових) договорів. Так, диспозитивність ч. 1 ст. 983 ЦК України та ст. 18 Закону України «Про страхування» надає можливість пов'язувати набрання чинності договором страхування і з будь-яким іншим моментом після укладення правочину за всіма істотними умовами, а не лише з моментом сплати страхової премії (внеску), наприклад, з наданням страхувальником необхідних документів тощо. Однак набрання чинності договором не може відбутися після настання страхового випадку.

У системі цивільно-правових договорів договори страхування доречно розглядати як підтип цивільно-правових зобов'язань у межах типу договорів про надання послуг, основна особливість яких полягає в тому, що надання послуги невіддільне від діяльності особи – послугонадавача (надання страхової послуги невіддільно пов'язане із діяльністю страховика), а корисний ефект такої діяльності полягає в самому процесі надання послуги. Так, Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»¹ послуги у сфері страхування та накопичувального пенсійного забезпечення відносить до фінансових послуг, що відповідає й світовим стандартам. У Генеральній угоді про торгівлю послугами (GATS) від 15 квітня 1994 р., прийнятій у рамках Світової організації торгівлі, членом якої є й Україна, існує Додаток щодо фінансових послуг², відповідно до якого фінансовою послугою є будь-яка послуга фінансового характеру, яку пропонує постачальник фінансових послуг будь-якої країни-члена. Фінансові послуги включають усі страхові послуги, а також послуги, пов'язані зі страхуванням, банківські та інші фінансові послуги (крім страхових).

Віднесення договорів страхування до групи договорів про надання послуг впливає із конструкції ЦК України, оскільки глави, які стосуються послуг перевезення, зберігання, страхування тощо, закріплені за гл. 63 «Послуги. Загальні положення». Положення гл. 63 ЦК України можуть застосовуватися до всіх договорів про надання послуг, якщо це не суперечить суті зобов'язання, а також договорів, які взагалі не

¹ Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг : Закон України від 12 лип. 2001 р. *Відом. Верхов. Ради України*. 2002. № 1. Ст. 1.

² Генеральна угода про торгівлю послугами від 15 квітня 1994 р. База даних «Законодавство України». URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/981_017/page2 (дата звернення: 20.06.2020).

передбачені законодавством, але своїм предметом мають надання послуги, що полягає у вчиненні певної дії або здійсненні певної діяльності¹.

Саме «надання послуг» і є тим класифікаційним чинником, який виокремлює зазначений тип договорів із-поміж інших договірних конструкцій і водночас наділений системоутворюючим зв'язком. У ЦК України зазначений тип договорів представлено підтипами, яким властива власна видозміна. Одним із таких підтипів договору про надання послуг, поряд із договорами зберігання, перевезення тощо, є договір страхування, який хоч і опосередковує відносини з надання послуг, однак має свої особливості, які відображено в його легальній дефініції. Об'єднання зазначених договорів в одну групу має нормативно-правове обґрунтування, оскільки ознака спрямованості (мети договору) є основою для формування правової бази, принципово відмінної від регулювання відносин, що мають іншу спрямованість (передання майна у власність, передання майна в користування, виконання роботи тощо).

Таким чином, система договорів страхування є складовою частиною більш широкої системи договорів про надання послуг, яка характеризується властивими їй родовими ознаками. Наявність родових ознак надає змогу застосовувати до договірних відносин зі страхування норми загальних положень про послуги ЦК України. Водночас система договорів страхування складається з елементів нижчого рівня (видів, підвидів договорів), кожен з яких, маючи загальні ознаки договору страхування, характеризується специфікою, що обумовлює необхідність їх особливого правового регулювання. Так, у межах договірного підтипу із надання страхових послуг, відповідно до характеру страхових послуг і сфери їх надання, можна виокремити такі види договорів страхування: а) договори особистого страхування; б) договори майнового страхування; в) договори страхування відповідальності; г) договори перестрахування; г) договори співстрахування. Крім цього, критеріями для класифікації договорів страхування є: а) спосіб визначення розміру страхової виплати (страхового відшкодування): договори страхування збитків; договори страхуван-

¹ Федорченко Н. В. Договірне регулювання відносин з надання послуг. Договірне регулювання приватноправових відносин в умовах євроінтеграційних процесів в Україні : монографія / за заг. ред. О. Д. Крупчана ; наук. ред. А. Б. Гриняк. Київ, 2017. С. 236.

ня сум; б) наявність накопичувальної ознаки: договори накопичувально-ризикового страхування; договори ризикового страхування; в) спрямованість дії: прямі договори страхування; комбіновані договори страхування; г) форма страхування: договори добровільного страхування; договори обов'язкового страхування. Така систематизація договорів страхування, на нашу думку, є виправданою і надасть можливість моделювання правового регулювання договірних відносин із надання страхових послуг у ЦК України та Законі України «Про страхування».

Спільними ознаками, що об'єднують усі договірні зобов'язання зі страхування в один підтип договорів, що опосередковують надання страхових послуг в межах типу договорів про надання послуг, є: а) наявність у особи інтересу, який підлягає страховому захисту; б) страховий захист майнових інтересів особи становить страхову послугу як предмет договору страхування; в) надання страхового захисту здійснюється на випадок настання подій, які характеризуються ознаками ймовірності та випадковості; г) збіг у часі надання страхової послуги та її споживання; г) платність страхової послуги; д) наявність спеціально сформованих грошових фондів, якими і забезпечується страховий захист майнових інтересів.

Згідно зі ст. 980 ЦК України та ст. 4 Закону України «Про страхування» предметом договору страхування можуть бути майнові інтереси, які не суперечать закону і пов'язані з життям, здоров'ям, працездатністю, пенсійним забезпеченням, володінням, користуванням і розпорядженням майном, а також відшкодуванням шкоди, завданої страхувальником. Однак визначення предмета цього договору у нормативно-правових актах, що є тією ознакою, яка надає можливість відмежувати його від інших договорів, має суперечливий характер і ставлення науковців до такого визначення – неоднозначне. Часто, характеризуючи договір страхування, автори оперують терміном «об'єкт страхування». Так, до внесення змін Законом України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям ЦК України»¹ ст. 4 Закону України «Про страхування», маючи такий самий зміст, назива-

¹ Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Цивільного кодексу України : Закон України від 27 квіт. 2007 р. *Уряд. кур'єр*. 2007. № 108.

лася «Об'єкти страхування», що слугує яскравою ілюстрацією змішування цих понять.

Проблема неоднозначного розуміння предмета та об'єкта договору страхування пов'язана зі складною юридичною природою самого договору, який у цивілістичній науці вживається у кількох правових значеннях: як правочин, як правовідношення, як підстава виникнення зобов'язання, як документ, а інколи – як саме зобов'язання¹. Тобто вирішення означеної проблеми залежить не тільки від розуміння предмета договору, а й від того, що розуміти під страхуванням, оскільки цей термін також є багатозначним. Страхові правовідносини (зобов'язання) є різновидом цивільних правовідносин, тому для них характерні як загальні, так і специфічні ознаки останніх. Особливості страхових правовідносин виявляються через призму традиційних елементів будь-яких правовідносин (суб'єктний склад, об'єкт, зміст).

Дослідник теорії права В. І. Леушин вважає, що об'єкт правовідношення тісно пов'язаний з інтересом управненої сторони і є благом, що перебуває у його розпорядженні й охороняється державою². Так, об'єктом безпосередньо страхового правовідношення, на думку В. І. Серебровського, В. Р. Ідельсона, є саме страховий інтерес³. Наявність страхового інтересу є необхідною умовою для формування страхового зобов'язання. У страховому зобов'язанні страховий інтерес – головний елемент, що визначає саму можливість існування страхування, проявляється у волі, спрямованій на укладання договору страхування, а тому має універсальний характер. Він притаманний як майновому, особистому страхуванню, так і страхуванню відповідальності.

На думку Н. Б. Пацурії, страховий інтерес – це потреба страхувальника (застрахованої особи, вигодонабувача, третьої особи) у захисті своїх правомірних майнових інтересів, які є підставою для виникнення страхового правовідношення⁴. Таким чином, виходячи зі змісту

¹ Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін. ; за ред. О. В. Дзери. Київ : Юрінком Інтер, 2008. С. 39.

² Теория государства и права : учеб. для юрид. вузов и ф-тов / под ред. В. М. Корельского, В. Д. Первалова. 2-е изд., с изм. и доп. Москва : Норма : Инфра-М, 2003. С. 349.

³ Идельсон В. Р. Страхование право. Москва : Анкил, 1993. С. 34; Серебровский В. И. Избранные труды по наследственному и страховому праву. 2-е изд., исправ. Москва : Статут, 2003. С. 267.

⁴ Пацурія Н. Б. Страховий інтерес: теоретичне обґрунтування та проблеми правового закріплення. *Вісн. Київ. нац. ун-ту ім. Тараса Шевченка. Серія: Юрид. науки.* 2011. № 88. С. 33.

ст. 980 ЦК України та ст. 4. Закону України «Про страхування», об'єктом страхування можна вважати страховий інтерес як суб'єктивне свідоме відображення потреби страхувальника (застрахованої особи) в страховому захисті своїх правомірних майнових інтересів на випадок можливого настання страхової події, пов'язаної з життям, здоров'ям, працездатністю, пенсійним забезпеченням страхувальника (застрахованої особи), з володінням, користуванням і розпорядженням майном, а також із відшкодуванням заподіяної ними шкоди фізичній особі, її майну або майну юридичної особи.

З урахуванням значної ролі страхового інтересу у виникненні та існуванні договірних відносин зі страхування, вбачається доцільним передбачення на законодавчому рівні втрати страхового інтересу страхувальника (застрахованої особи) як однієї із підстав припинення договору особистого страхування та страхування цивільної відповідальності, за якими не передбачається можливості передання страхового захисту іншій особі. Водночас припинення існування страхового інтересу страхувальника за договором майнового страхування не може бути підставою для припинення дії відповідного договору. Крім цього, зважаючи на обов'язковість наявності у страхувальника страхового інтересу у захисті своїх правомірних майнових інтересів на випадок можливого настання страхової події, доцільним є внесення змін до ч. 2 ст. 984 ЦК України та ч. 1 ст. 3 Закону України «Про страхування» із зазначенням, що страхувальниками можуть бути юридичні та дієздатні фізичні особи, які наділені страховим інтересом у захисті своїх правомірних майнових інтересів на випадок можливого настання страхової події і уклали зі страховиками договори страхування або є страхувальниками відповідно до законодавства України.

У свою чергу, предметом будь-якого договору є те, з приводу чого особа вступає у такі правовідносини та чого вона бажає досягти. Предмет договору уособлює його правову мету шляхом зазначення певних дій з об'єктами цивільних прав – передача речі, ремонт будинку, виготовлення продукції, надання страхових чи інших послуг тощо¹. Тому предмет договору страхування зводиться не лише до майнового інтересу, як це передбачено у ст. 980 ЦК України та ст. 4 Закону України «Про страхування». Предмет договору, тобто предмет зобов'язання,

¹ Стрижак І. В. Проблема визначення поняття «предмет договору». *Вісн. Акад. мит. служби України. Серія: Право.* 2010. №2. С. 129.

що впливає з договору, являє собою дії (або бездіяльність), які має вчинити зобов'язана сторона (або відповідно утриматися від їх здійснення). Так, на думку А. А. Телестакової, предметом договору з надання послуг є саме послуга¹. Н. В. Федорченко також зазначає, що предметом договору з надання послуг є надання за завданням замовника різного роду послуг, тобто безпосередньо діяльність, що полягає у вчиненні виконавцем певних дій або діяльності, а також корисний ефект від вчинення дій або діяльності виконавця, який (мається на увазі ефект) ніколи не набуває форми нової речі².

Таким чином, урахуовуючи те, що договір страхування належить до групи цивільно-правових договорів про надання послуг, предметом договору страхування є надання страхової послуги страховиком страховальникові щодо захисту його майнових інтересів шляхом здійснення страхової виплати (страхового відшкодування) у разі настання певної події (страхового випадку), пов'язаної із заподіянням шкоди страховальнику, застрахованій особі (у випадку страхування їх життя, здоров'я, майна) або третім особам (у випадку страхування цивільної відповідальності страховальника, застрахованої особи). При цьому, оскільки законодавець у ст. 980 ЦК України розкриває по суті не поняття предмета договору страхування, а різновиди такого договору, відповідне визначення предмета договору страхування потребує свого вдосконалення.

Зважаючи на відсутність єдиного розуміння страхової послуги, її видів, постає потреба в узгодженні вітчизняних й міжнародних нормативно-правових актів, що регулюють сферу страхування насамперед це стосується ЦК України та Закону України «Про страхування», що не містить визначення поняття та наведеного в Угоді про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, а також Додатку щодо фінансових послуг до Генеральної угоди про торгівлю послугами (GATS), переліку страхових послуг, серед яких: 1) пряме страхування (в тому числі спільне страхування): життя; не

¹ Телестакова А. А. Правове регулювання відносин з надання послуг : навч. посіб. Київ : Центр учб. літ., 2010. С. 51.

² Федорченко Н. В. Договірні зобов'язання з надання послуг: проблеми теорії і практики : монографія. Київ : НДІ приват. права і підприємництва ім. акад. Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2015. С. 160.

пов'язане зі страхуванням життя; 2) перестраховання; 3) страхове посередництво, таке як брокерське та агентське; 4) допоміжні послуги щодо страхування (консультаційні, актуарні, оцінка ризику, послуги щодо врегулювання претензій (збитків)), що забезпечують якісне та гарантоване надання страхового захисту і певною мірою обслуговують цей процес.

Для визначення поняття страхової послуги та відображення його на законодавчому рівні, передусім варто зазначити те, що метою страхування є саме захист інтересів фізичних чи юридичних осіб, і ця мета реалізується незалежно від того – довелося страховику здійснити страхову виплату (страхове відшкодування) чи ні. Після настання страхового випадку захисна мета страхування не змінюється, а просто набуває іншої форми (етапу) розвитку (здійснення страхової виплати (страхового відшкодування)), залишаючись при цьому правовідношенням щодо захисту інтересів фізичних і юридичних осіб. Так, Вищий адміністративний суд України у справі № 820/11841/15, що стосувалася витрат платника податку на оплату послуг страхової компанії щодо добровільного страхування фінансових ризиків, вантажів та багажу, в діяльності якої не трапилося жодного страхового випадку, що дало податківцям підстави думати про відсутність ризиків, а отже, і потреби в страховій послугі, своєю ухвалою від 21 лютого 2017 р. підкреслив, що факт надання послуги страхування не пов'язаний безпосередньо з настанням страхового випадку. Визначення страхування як форми захисту осіб від настання певних подій, обумовлених договором страхування, не включає такої ознаки, як обов'язкове і неминуче настання відповідної події. З моменту вступу в силу договору страхування і впродовж усього строку його дії страхова послуга є наданою, адже впродовж усього строку дії договору страхування застрахований інтерес страхувальника є захищеним¹.

Отже, зважаючи на те, що правове значення має сам процес надання послуги (страхового захисту), який починається з моменту набрання договором страхування чинності, а не лише її результат (здійснення страхової виплати (страхового відшкодування)), під страховою послугою доречно розуміти сукупність дій страховика

¹ Ухвала Вищого адміністративного суду України від 21.02.2017 р. у справі № 820/11841/15. URL: <https://taxlink.ua/ua/court/uhvala-vishchogo-administrativnogo-sudu-ukraini-vid-21022017-u-spraviv-8201184115/> (дата звернення: 20.02.2020).

щодо надання страхового захисту майнових інтересів фізичних та юридичних осіб шляхом прийняття на страхування ризику в межах страхової суми та здійснення страхової виплати (страхового відшкодування) у разі настання певних подій (страхових випадків), визначених договором страхування.

На підставі договору страхування можуть бути надані такі види страхових послуг: а) залежно від виду страхування – страхові послуги, що надаються за договором особистого страхування, майнового страхування та страхування відповідальності; б) залежно від форми страхування – страхові послуги з добровільного страхування та страхові послуги з обов'язкового страхування; в) страхові послуги, що забезпечують якісне та гарантоване надання страхового захисту – страхові послуги, що надаються за договором перестрахування, та страхові послуги, що надаються за договором співстрахування; г) допоміжні послуги зі страхування – консультаційні послуги, оцінка актуарного ризику, задоволення претензій тощо.

В умовах розширення як пропозицій на ринку страхових послуг, так і збільшення кількості реально укладених договорів страхування, постає питання про належну якість страхових послуг, що надаються. Якість страхової послуги характеризується наявністю у ній тих властивостей, які здатні задовольняти потреби фізичних та юридичних осіб у захисті їх майнових інтересів. Оскільки споживання корисних властивостей страхової послуги відбувається ще до настання страхового випадку, критеріями якості страхових послуг до настання страхового випадку доречно розглядати: надійність, авторитетність страховика, що базуються на його фінансовій стабільності, відповідність страхового покриття потребам споживача, відповідність вартості страхової послуги сукупності ризиків, прийнятих на страхування. Критеріями ж якості страхових послуг після настання страхового випадку слід вважати здійснення страхової виплати (страхового відшкодування) страховиком в необхідному розмірі та в належний строк. При цьому, якщо страховик обґрунтовано відмовив у здійсненні страхової виплати з підстав, передбачених ст. 991 ЦК України, то послуга вважається якісною, оскільки задоволення потреби споживача в отриманні страхової виплати (страхового відшкодування) у даному випадку є неможливим у зв'язку із вказівкою чинного законодавства або згідно з умовами договору.

Сьогодні поряд із поняттям «страхова послуга» відсутнє й легальне визначення поняття «споживач страхових послуг», яке вживається в юридичній літературі та застосовується на практиці, чому певною мірою сприяло прийняття Кабінетом Міністрів України Концепції захисту прав споживачів небанківських фінансових послуг¹. Недостатня визначеність правового статусу споживача страхових послуг створює перешкоди в захисті їх прав. Це підтверджується судовою практикою розгляду цивільних справ, що виникають з договорів страхування². Особливу зацікавленість викликає питання щодо встановлення можливості застосування до договірних відносин зі страхування за участю фізичної особи як споживача положень Закону України «Про захист прав споживачів»³ в частині, не врегульованій спеціальним законом.

Як впливає із п. 22 ст. 1 Закону України «Про захист прав споживачів», споживачем страхових послуг може бути не тільки фізична особа, яка набуває або замовляє послугу для особистих потреб, але й та фізична особа, яка використовує таку послугу для цих цілей (наприклад, застрахована особа чи вигодонабувач). При укладанні договору страхування на користь третьої особи застрахована особа саме і є користувачем (споживачем) страхової послуги за умови, що договір страхування спрямований на задоволення її особистих потреб. Таким чином, споживачем страхових послуг доречно вважати не лише дієздатну фізичну особу, яка укладає зі страховиком договір страхування, а також фізичну особу, в інтересах та на користь якої укладено договір страхування, та яка отримує страхову послугу, необхідну для задоволення особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю цієї фізичної особи або виконанням нею обов'язків найманого працівника.

Загалом основними учасниками страхових відносин є страхувальник та страховик. Це пояснюється тим, що вони приймають безпосередню участь у виникненні, зміні або припиненні страхових право-

¹ Про схвалення Концепції захисту прав споживачів небанківських фінансових послуг в Україні : розпорядж. Каб. Міністрів України від 3 верес. 2009 р. №1026-р. *Офіц. вісн. України*. 2009. №69. С. 30.

² Дайджест судової практики Великої Палати Верховного Суду у справах, пов'язаних зі страховими правовідносинами. Київ, 2019. URL: <https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Dajdjest.pdf> (дата звернення: 20.02.2020).

³ Про захист прав споживачів : Закон України від 12 трав. 1991 р. №1023-ХІІ. *Відом. Верхов. Ради УРСР*. 1991. №30. Ст. 379.

відносин. Участь всіх інших учасників (застраховані особи, вигодонабувачі тощо) залежить від волевиявлення саме страховика та/або страхувальника та (або) є наслідком дії положень чинного законодавства України.

Спираючись на аналіз питання про правовий статус учасників договірних зобов'язань зі страхування, слід звернути увагу на те, що норми чинного законодавства України, які визначають, що вигодонабувачем за договором страхування може бути лише особа, яка визначена в договорі страхування, при страхуванні цивільної відповідальності є неприйнятними, адже при страхуванні відповідальності виникає особлива конструкція договору на користь третьої особи, яка невідома в момент укладання договору страхування, оскільки не може бути відомо заздалегідь, кому саме буде заподіяно шкоду страхувальником або особою, відповідальність якої застрахована. У зв'язку з цим необхідним є доповнення ст. 3 Закону України «Про страхування» положенням про те, що договір страхування цивільної відповідальності вважається укладеним на користь фізичних або юридичних осіб (вигодонабувачів), яким може бути заподіяна шкода страхувальником або особою, відповідальність якої застрахована у результаті настання страхового випадку і яким здійснюється виплата страхового відшкодування страховиком. З урахуванням цього, вигодонабувачем за договором страхування доречно вважати призначену страхувальником (у випадку особистого страхування чи страхування майна) або невідому заздалегідь (у випадку страхування цивільної відповідальності) третю особу – фізичну або юридичну особу, яка не є стороною договору страхування, однак на користь якої укладається договір і яка має право на отримання страхової виплати (страхового відшкодування) у разі настання страхового випадку, визначеного у договорі страхування між страховиком і страхувальником.

У сфері майнового страхування на законодавчому рівні передбачено, що перехід прав та обов'язків страхувальника за договором майнового страхування до осіб, які одержали це майно у спадщину, здійснюється у разі його смерті. В інших же випадках права та обов'язки страхувальника можуть перейти до третіх осіб лише за згодою страховика, якщо інше не встановлено договором страхування (ст. 994 ЦК України). Однак, урахуовуючи практику майнового страхування, а також положення Правил страхування майна (наприклад, Правила добро-

вільного страхування майна АТ «СК «АХА Страхування»»¹), доцільним вбачається закріплення на законодавчому рівні положення про те, що при переході прав на застраховане майно від особи, в інтересах якої було укладено договір майнового страхування, до іншої особи, права та обов'язки за цим договором переходять до особи, до якої перейшли права на майно, за винятком випадків примусового вилучення майна з підстав, передбачених законом, та за умови внесення відповідних змін до договору страхування.

Відповідного оновлення потребує й законодавче визначення поняття страхового ризику як передумови виникнення страхових правовідносин, а також поняття страхового випадку як реалізованого страхового ризику. Так, згідно з ч. 1 ст. 8 Закону України «Про страхування» страховий ризик – це певна подія, на випадок якої проводиться страхування і яка має ознаки ймовірності та випадковості настання. Власне фактор ризику і необхідність захисту від його наслідків викликають потребу в страхуванні. М. М. Великанова зазначає, що ризику притаманні як об'єктивні, так і суб'єктивні ознаки. До об'єктивних належить результат (наслідок дії, події) та ймовірний характер настання такого результату (наслідку), невизначеність. До суб'єктивних – усвідомлення факторів ризику, визначення ступеня ймовірності та рівня ризику, передбачення можливих результатів своєї діяльності та вибір варіанта поведінки у конкретній ситуації². Саме наявність страхового ризику визначає можливість укладання договору страхування і, отже, існування страхових правовідносин, які виникли на основі цього договору³.

Зважаючи на те, що для здійснення страховиком обов'язку зі страхової виплати (страхового відшкодування) необхідним є не лише настання події, на випадок якої здійснюється страхування і яка характеризується випадковістю і ймовірністю настання, а й наявність несприятливих наслідків від настання передбаченої договором стра-

¹ Правила добровільного страхування майна (іншого, ніж передбачене пп. 5–9 ст. 6 Закону України «Про страхування») АТ «СК «АХА Страхування»». URL: <https://axaukraine.com/upload/files/2017/1.%D0%9F%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B8%D0%BB%D0%B0002.pdf> (дата звернення: 20.06.2020).

² Великанова М. М. Поняття та структурні елементи ризику: цивільно-правовий аспект. *Університет. наук. зап.* 2017. №3. С. 83; Великанова М. М. Ризики в цивільному праві : монографія. Київ : Алерта, 2019. С. 126–127.

³ Міловська Н. В. Договірні зобов'язання зі страхування у цивільному праві України: проблеми теорії та практики : монографія. Київ : НДІ приват. права і підприємництва ім. акад. Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2019. С. 165.

хування події та безпосереднього причинного зв'язку між подією та несприятливими наслідками, доцільною є вказівка на юридичну значущість для страхування таких трьох складових елементів страхового ризику, а отже, і страхового випадку як реалізованого страхового ризику: 1) подія, на випадок якої здійснюється страхування і яка характеризується випадковістю та ймовірністю настання; 2) несприятливі наслідки від настання передбаченої договором страхування події; 3) безпосередній причинний зв'язок між подією та несприятливими наслідками.

Таким чином, ототожнення події, на випадок настання якої здійснюється страхування, лише з небезпекою без урахування заподіяної шкоди спотворює сенс страхування як захисту майнового інтересу і суперечить принципу компенсації. Адже сама по собі подія, якщо вона ще не заподіяла шкоду, не порушує страхового інтересу. У зв'язку з цим під поняттям страхового ризику доцільно вважати ймовірну та випадкову подію, на випадок настання негативних наслідків якої здійснюється страхування.

У свою чергу, під страховим випадком за договором страхування також слід розуміти не просто обумовлену договором подію, яка відбулася і з настанням якої виникає обов'язок страховика здійснити страхову виплату, а випадкове заподіяння прямої шкоди життю, здоров'ю, майну страхувальника (застрахованої особи) (у випадку особистого та майнового страхування) або життю, здоров'ю, майну третіх осіб (у випадку страхування цивільної відповідальності) внаслідок настання обумовленої договором події під час дії договору страхування, у результаті чого виникає обов'язок страховика здійснити страхову виплату (страхове відшкодування). При цьому доцільним є закріплення на законодавчому рівні положення про те, що моментом настання страхового випадку є момент, коли небезпека, від якої здійснюється страхування, почала завдавати шкоди, однак, якщо встановлений факт заподіяння шкоди, але момент її завдання не може бути встановлений (коли шкода може виявлятися не одночасно з її заподіянням), доречним є використання презумпції настання страхового випадку в момент виявлення шкоди.

Слід звернути увагу й на те, що сьогодні практично відсутня правова база, що має регулювати діяльність товариств взаємного страхування в Україні як некомерційних страхових організацій, що

стало причиною припинення функціонування раніше створених товариств, негативно позначається на реалізації потенціалу інституту страхування та вказує на структурну диспропорцію вітчизняного страхового ринку. У зв'язку з цим існує необхідність розробки і прийняття Верховною Радою України Закону «Про товариства взаємного страхування», що надасть можливість чітко визначити засади їх створення і діяльності.

Нааявність у європейських країнах значної кількості некомерційних страхових організацій, створених з метою страхового захисту інтересів своїх членів, якими є й товариства взаємного страхування, обумовлена причинами, що є актуальними й для українського ринку страхування, а саме: необхідністю отримання страхувальниками послуг за економічно обґрунтованими цінами, чому сприяє відсутність комерційної складової у взаємовідносинах між учасниками страхування; демократичністю й прозорістю діяльності організацій взаємного страхування, контроль над якими здійснюють його члени; прийняттям на страхування специфічних ризиків, від яких комерційні страхові організації, як правило, відмовляються.

Отже, з метою систематизації та розвитку законодавства України у сфері надання страхових послуг його основними функціями має стати: створення цивільно-правової концепції забезпечення програми переходу сфери страхування до європейських і світових стандартів; удосконалення правового становища учасників страхових відносин; забезпечення захисту прав та законних інтересів споживачів страхових послуг; забезпечення балансу приватних і публічних інтересів при здійсненні страхової діяльності; встановлення правових основ державного нагляду (контролю) за додержанням стандартів, норм і правил учасниками страхових відносин та відповідальності за порушення норм страхового законодавства.

Гармонізація законодавства України до законодавства ЄС в умовах євроінтеграційних процесів в Україні безумовно сприятиме розвитку сфери надання страхових послуг з урахуванням європейського досвіду та національних особливостей. Чітка нормативно-правова база, яка відповідає європейським стандартам є надзвичайно необхідною для забезпечення ефективного регулювання страхових відносин, зміцнення власних інститутів сфери страхування, підвищення стандартів надання страхових послуг, забезпечення належного захисту прав споживачів страхових послуг тощо.

5.5. Договори співстрахування та перестрахування

В умовах економічного розвитку суспільства на сьогодні існує потреба не лише в укладанні договорів страхування, а й договорів співстрахування та перестрахування з метою підвищення правових гарантій захисту фінансового стану страхових організацій. Співстрахування є одним із способів розподілу ризиків у зв'язку з неможливістю для одного страховика прийняти певний об'єкт на страхування за умови, що кілька страхових організацій здійснюють один і той самий вид страхування¹. Так, співстрахування – це страхування предмета договору страхування кількома страховиками на підставі одного договору страхування (ст. 986 ЦК України; ст. 11 Закону України «Про страхування»).

Договір співстрахування є договором з множинністю осіб на боці страховика (ст. 540 ЦК України), що означає встановлення між співстраховиками спільного дольового зобов'язання, за яким кожний із співстраховиків бере на себе певну визначену частину обов'язку здійснити страхову виплату страхувальнику. Тобто в разі настання страхового випадку страхувальник має звертатися до кожного із співстраховиків із вимогою про виплату страхового відшкодування у відповідній частині. Відповідно, кожному із співстраховиків належить частина страхового платежу. Обсяг прав та обов'язків кожного зі страховиків має бути визначений у договорі. За загальним правилом, якщо в такому договорі не визначено права та обов'язки кожного зі страховиків, вони солідарно відповідають перед страхувальником (вигодонабувачем) за виплату страхової суми або страхового відшкодування.

Співстрахування здійснюється лише за згодою страхувальника. За взаємним погодженням між співстраховиками і страхувальником один із співстраховиків може представляти всіх інших співстраховиків у відносинах із страхувальником: проводити переговори із страхувальником, надавати страхувальнику інформацію, виконувати інші представницькі функції. Сторони договору страхування можуть визначити представника в самому договорі страхування. В такому випадку додаткових документів на виконання представницьких функцій (довіреності) не вимагається. Якщо ж представницькі функції будуть поширюватися на процес підпи-

¹ Шелехов К. В., Бігдаш В. Д. Страхування : навч. посіб. Київ : МАУП, 2001. С. 242.

сання договору, довіреність від інших співстраховиків необхідна. У разі настання страхового випадку відповідальним перед страхувальником залишається кожний із співстраховиків особисто в межах своєї частки. Тобто незалежно від наявності представництва виплачувати страхову виплату страхувальнику буде кожний із співстраховиків безпосередньо.

Від співстрахування суттєво відрізняється перестрахування, яке здійснюється на підставі укладеного між страховиком та перестраховиком договору перестрахування без погодження зі страхувальником. Так, згідно зі ст. 30 Закону України «Про страхування», якщо страхова сума за окремим предметом договору страхування перевищує 10% суми сплаченого статутного капіталу і сформованих вільних резервів та страхових резервів, страховик зобов'язаний укласти договір перестрахування. Передумовою перестрахувального зобов'язання є наявність у перестрахувальника страхового інтересу, який пов'язаний із витратами, що можуть виникнути у зв'язку з виконанням перестрахувальником своїх зобов'язань за основним договором страхування.

Правове регулювання перестрахувальних відносин здійснюється ЦК України (ст. 987), Законом України «Про страхування» (ст. 12), нормами інших законів України, що стосуються страхування (перестрахування), підзаконними нормативними актами, зокрема, постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку та вимог щодо здійснення перестрахування у страховика (перестраховика) нерезидента»¹, розпорядженням Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг «Про затвердження Порядку реєстрації договорів перестрахування та надання страховиками (цедентами, перестрахувальниками) інформації про укладені договори перестрахування зі страховиками (перестраховиками) нерезидентами»². Так, за договором перестрахування страховик, який уклав договір страхування, страхує в іншого страховика (пере-

¹ Порядок і вимоги щодо здійснення перестрахування у страховика (перестраховика) нерезидента : затв. постановою Каб. Міністрів України від 4 лют. 2004 р. № 124. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/124-2004-%D0%BF> (дата звернення: 20.06.2020).

² Про затвердження Порядку реєстрації договорів перестрахування та надання страховиками (цедентами, перестрахувальниками) інформації про укладені договори перестрахування зі страховиками (перестраховиками) нерезидентами : розпорядж. Нац. комісії, що здійснює держ. регулювання у сфері ринків фін. послуг від 15 верес. 2015 р. № 2201. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z1327-15> (дата звернення: 20.06.2020).

страховика) ризик виконання частини своїх обов'язків перед страхувальником (ч. 1 ст. 987 ЦК України). При цьому страховик, який уклав договір перестрахування, залишається відповідальним перед страхувальником у повному обсязі відповідно до договору страхування (ч. 2 ст. 987 ЦК України). Однак чинне законодавство України не містить норм, які визначали б місце договору перестрахування в системі страхової діяльності, норми ЦК України хоча і закріплюють поняття договору перестрахування, але достатньою мірою не відображають його зміст і характер.

Відповідно до ст. 12 Закону України «Про страхування» перестрахування – це страхування одним страховиком (цедентом, перестрахувальником) на визначених договором умовах ризику виконання частини своїх обов'язків перед страхувальником в іншого страховика (перестраховика) резидента або нерезидента, який має статус страховика або перестраховика, згідно з законодавством країни, в якій його зареєстровано. Правовий інститут перестрахування, з одного боку, забезпечує фінансову спроможність страховика виконати взяте страхове зобов'язання перед страхувальником щодо виплати страхового відшкодування, щоб така виплата за страховими випадками не лягала непосильним тягарем лише на нього одного, а з іншого – посилює захист майнових інтересів страхувальників.

На думку одних науковців, договори страхування і перестрахування нічим не відрізняються¹. Водночас інші вчені акцентують увагу на їх суттєвих юридичних відмінностях, зазначаючи, що договір перестрахування є видом договору, відмінним від договорів страхування, який регулює особливий вид страхової діяльності і вимагає в силу цього створення для нього спеціального правового режиму². Так, як впливає із законодавчих визначень понять відповідних договорів, договір перестрахування дійсно є різновидом договору страхування, оскільки предметом безпосередньої діяльності страховика може бути як страхування, так і перестрахування. Однак

¹ Журавлев Ю. М. *Формы и методы проведения перестраховочных операций. Основные виды перестраховочных договоров.* Москва, 1993. С. 73.

² Артамонов А., Дедиков С. *Основные проблемы правового регулирования перестраховочных отношений. Хозяйство и право.* 2011. № 1. С. 34; Турбина К. Е. *Перестрахование: вид страхования или особый род финансовой гарантии. Фин. газ.* 1995. № 26. С. 32; Вербицкая П. *Некоторые теоретические аспекты перестрахования. Финансы.* 1998. № 12. С. 37.

між договором перестрахування та договором страхування існують й суттєві відмінності.

Основними критеріями відмежування договору перестрахування від договору страхування є: предмет договору, суб'єктний склад, страховий ризик, порядок укладення договору. Так, відповідно до чинного страхового законодавства предметом договору страхування можуть бути майнові інтереси, що не суперечать закону і пов'язані: з життям, здоров'ям, працездатністю та пенсійним забезпеченням; з володінням, користуванням і розпорядженням майном; з відшкодуванням страховальником заподіяної ним шкоди особі або її майну, а також шкоди, заподіяної юридичній особі. Зазначений предмет договору страхування не може бути застосований у перестрахуванні. Перестраховальник, укладаючи договір перестрахування, захищає свій страховий інтерес, тобто забезпечує собі додаткові гарантії виконання страхових зобов'язань перед страховальниками щодо здійснення страхових виплат в разі настання страхового випадку. Предмет договору перестрахування становить зобов'язання перестраховика надати перестраховальнику певну послугу – перестраховальний захист і зобов'язання перестраховальника сплатити за неї перестраховальну премію¹. Отже, майнові інтереси суб'єктів страхування і перестрахування мають певні розбіжності, а тому предмети договірних відносин у них різні.

Однією з основних особливостей договорів страхування і перестрахування є їх суб'єктивний склад. Так, договір страхування укладається між страховою компанією і страховальником, який може бути фізичною або юридичною особою, тоді як суб'єктами перестраховальних договірних правовідносин з обох сторін виступають страховики – юридичні особи, які називаються перестраховиком і перестраховальником.

У науковій літературі і навіть в договорах перестрахування часто зазначається, що перестраховальник «передає ризик» перестраховику, а перестраховик його «приймає» і може «передати» далі. Сторони договору перестрахування називають себе цедент і цесіонарій так, як ніби один передає іншому якесь право (вимогу). Так, на думку О. С. Красильнікової, за договором перестрахування одна сторона – цедент – передає повністю або частково страховий ризик (групу страхових ризиків певного виду) іншій стороні – перестраховальнику, який,

¹ Семенова К. Г. Договір перестрахування : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2008. С. 6.

у свою чергу, бере на себе зобов'язання відшкодувати cedentu відповідну частину сплаченого страхового відшкодування. Сам процес, пов'язаний із передачею ризику, автор називає цедируванням ризику, або перестраховальною цесією. У зв'язку з цим страховика, який віддає ризик, називають cedентом, а перестраховальника, який приймає ризик, – цесіонарієм¹. Однак використання подібної термінології лише створює ілюзію того, що при перестрахованні одна сторона договору щось передає іншій. Дійсно, захист інтересів у страхуванні відбувається шляхом розподілу ризику. Проте це не означає, що ризик передається від страхувальника до страховика, адже юридично ризик не є оборотоздатним об'єктом цивільних прав і не може бути переданий від кого-небудь кому-небудь і, відповідно, прийнятий від будь-кого будь-ким. Ризик перестраховикові не передається – перестраховик страхує ризик, але зовсім інший, ніж за основним договором.

При укладанні договору перестраховання будь-якої поступки прав страховика за зобов'язаннями, які виникають із договору страхування, іншому страховику не відбувається. Навпаки, страховик (перестраховальник), який уклав з перестраховиком договір перестраховання, відповідає за виконання страхових зобов'язань перед страхувальником у повному обсязі згідно з договором страхування (ч. 4 ст. 12 Закону України «Про страхування»). У зв'язку з цим вважається доцільним внесення змін до ст. 12 Закону України «Про страхування», виключивши з визначення перестраховання термін «cedент». Перестраховальник, укладаючи договір перестраховання, захищає свій страховий інтерес, тобто забезпечує собі додаткові гарантії виконання страхових зобов'язань перед страхувальниками щодо здійснення страхових виплат в разі настання страхового випадку.

Важливого науково-теоретичного та практичного значення для договірних відносин у сфері перестраховання має визначення страхового випадку та моменту його настання у договорі перестраховання. Деякі вчені вказують на те, що у сфері перестраховальних відносин під страховим випадком розуміють ті самі події, які мають місце в основному договорі страхування². Натомість М. В. Мних

¹ Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар / за заг. ред. Є. О. Харитонов. Вид. 4-те, перероб. та допов. Харків : ТОВ «Одіссей», 2008. С. 601.

² Пузаненко В. Співвідношення договору страхування і договору перестраховання в українському цивільному праві. *Юрид. авангард*. 2009. № 1. С. 141.

зазначає, що на відміну від договорів страхування, де, як відомо, багато різновидів страхових випадків, у договорі перестрахування страховий випадок завжди той самий, однаковий¹. Страховий випадок за договором страхування є лише моментом виникнення ймовірності настання страхового випадку за договором перестрахування, оскільки перестраховик виконує свої зобов'язання перед перестраховальником тільки після виплати останнім страхового відшкодування за договором страхування². Тому, зважаючи на те, що за договором перестрахування страхується не ризик страхувальника за основним договором, а інший ризик – ризик перестраховальника, тобто його ризик здійснення страхової виплати за основним договором страхування, а тому страховим випадком за договором перестрахування доречно вважати нездійснення страхової виплати за основним договором страхування.

Таким чином, аналізуючи різні наукові твердження, можна зазначити, що перестрахування є окремим видом страхування, а, відповідно, договір перестрахування – самостійним видом договору страхування, на підставі якого одна сторона (перестраховик) за обумовлену договором плату (перестраховальну премію) зобов'язується надати іншій стороні (перестраховальникові) послугу у вигляді перестраховального захисту, спрямованого на забезпечення фінансової стійкості страховика (перестраховальника) шляхом відшкодування відповідно до умов договору витрат, пов'язаних з виконанням страховиком (перестраховальником) своїх зобов'язань за укладеним ним договором страхування. Відмінності у договорах страхування і перестрахування характеризують різну правову природу страхових і перестраховальних відносин, а тому унеможливають їх юридичне ототожнення та потребують формування окремого правового регламентування, положення якого пояснювали б сутність договірних відносин у перестрахуванні, їх особливості, трактували основні дефініції та поняття перестраховальної діяльності.

¹ Мних М. В. Страхування в Україні: сучасна теорія і практика : підручник. Київ : Знання України, 2006. С. 108.

² Кнейслер О. В. Правова природа перестраховальних відносин: специфічні ознаки та критерії ідентифікації. *Фінан. система України. Наук. записки. Серія: Економіка*. 2014. Вип. 3. С. 31.

5.6. Договори обов'язкового страхування

Дія принципу свободи договору зумовлює те, що укладення більшості цивільно-правових договорів залежить виключно від розсуду сторін. У разі, якщо укладення договору є обов'язковим для сторін (сторони), то йдеться про обов'язковий договір, укладений на підставі певного правового акта. Слід зазначити, що договір страхування є безпосередньою підставою для виникнення зобов'язань як з добровільного, так і обов'язкового страхування. Так, страхування може здійснюватися на підставі договору між страхувальником і страховиком – добровільне страхування або на основі закону – обов'язкове страхування (ч. 2 ст. 352 ГК України). Тобто залежно від конкретної форми страхування (ст. 5 Закону України «Про страхування») розрізняють договори добровільного страхування та договори обов'язкового страхування.

Принцип добровільного страхування полягає в тому, що кожна особа самостійно вирішує проблему покриття своїх можливих у майбутньому витрат, пов'язаних з відшкодуванням шкоди, а саме, за рахунок власних коштів або за рахунок страхової послуги, за яку сплачується страхова премія. Обов'язкове ж страхування зводиться до того, що законом може бути встановлений обов'язок фізичної або юридичної особи бути страхувальником за власний рахунок чи за рахунок заінтересованої особи життя, здоров'я, майна або відповідальності перед іншими особами (ч. 1 ст. 999 ЦК України, ст. 7 Закону України «Про страхування»). Тобто в основі обов'язкового страхування лежить принцип публічності, згідно з яким держава зобов'язує зазначених у Законі осіб здійснювати страхування певних майнових інтересів. Так, Закон України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» зобов'язує всіх власників джерел підвищеної небезпеки – автотранспортних засобів страхувати свою цивільну відповідальність на користь осіб, яким може бути завдано шкоди, – вигодонабувачів.

Обов'язкове страхування поширюється на пріоритетні об'єкти страхової охорони, коли питання такої охорони зачіпає суспільні інтереси. Така форма страхування можлива лише тоді, коли за допомогою добровільного страхування неможливо досягти потрібного ефекту. Нерідко об'єктивною перешкодою для проведення добровільного

страхування є обмежена платоспроможність (неплатоспроможність) страхувальника, а тому обов'язкове страхування у таких випадках надає можливість забезпечити захист майнових інтересів як безпосереднього учасника страхових правовідносин, так і суспільства в цілому. Введенням обов'язкового страхування реалізується важлива соціальна функція держави – створення підвищених гарантій захисту для тих осіб, які в силу об'єктивних обставин піддаються підвищеному ризику, а також поширення страхового захисту на всі випадки можливого порушення суспільних інтересів.

Отже, обов'язкове страхування, крім функції захисту інтересів шляхом розподілу ризиків, виконує соціальну функцію. Ця функція також реалізується шляхом захисту інтересів, але не в добровільному, а в примусовому порядку. Сутність правового примусу полягає в тому, що він є інструментом правомірного юридичного впливу на волю особи з метою спонукання до певних дій або до утримання від їх вчинення¹. Так, при обов'язковому страхуванні для забезпечення публічного інтересу, спрямованого на компенсацію деяких видів шкоди, фізична особа зобов'язана придбати страхову послугу.

Таким чином, характерними ознаками обов'язкового страхування, що відрізняють його від добровільної форми страхування, є: виникає незалежно від волевиявлення учасників; стосується усіх вказаних у законі суб'єктів; чітка визначеність страхового забезпечення, страхової суми, що встановлюється на законодавчому рівні і не може бути змінена за домовленістю сторін.

Н. Б. Пацурія зазначає, що у разі укладення договору обов'язкового страхування між страховиком і страхувальником виникають відносини публічно-правового характеру, адже за таких умов підставою виникнення страхових правовідносин є закон (норма права), а договір (поліс страхування) лише їх закріплює². Проте, на думку В. В. Рассохіна, наявність в обов'язковому страхуванні принципу гарантованості відшкодування шкоди не скасовує застосування цивільно-правових принципів страхового права (принцип свободи договору, принципи компен-

¹ Яроцький В. Л. Приватноправовий примус: правова природа, сфера та межі застосування. *Актуальні проблеми приватного права* : матеріали XVII наук.-практ. конф., присвяч. 97-й річниці з дня народж. д-ра юрид. наук, проф. В. П. Маслова (Харків, 22 лют. 2019 р.). Харків : Право, 2019. С. 139.

² Пацурія Н. Б. Страхові правовідносини у сфері господарювання: проблеми теорії і практики : монографія. Ніжин : ТОВ «Вид-во “Аспект-Поліграф”», 2013. С. 144.

сації і еквівалентності), а лише обмежує їх дію для того, щоб вигодонабувачу гарантувалося отримання виплати незалежно від взаємин страховика зі страхувальником. У зв'язку з цим відносини з обов'язкового страхування зберігають свою цивільно-правову природу¹. На цивільно-правову природу відносин обов'язкового страхування, незважаючи на примусовий характер укладення договорів обов'язкового страхування та стандартизації їх умов, вказують також М. І. Брагинський та В. В. Вітрянський².

Відповідно до ч. 2 ст. 999 ЦК України, якщо інше не встановлено актами цивільного законодавства, до відносин, що впливають із обов'язкового страхування, застосовуються положення ЦК України, що регулюють договір страхування. При цьому слід враховувати, що дія Закону України «Про страхування» не поширюється на державне соціальне страхування.

Соціальне страхування регулюється спеціальним Законом України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування»³, з позицій якого відносини із соціального страхування мають публічний характер. Однак Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) вважає по-іншому. У справі «Доймеланд проти Федеративної Республіки Німеччина», де йшлося про виплату по соціальному страхуванню, ЄСПЛ детально розглянув правову природу права на таку виплату при вирішенні питання про прийнятність скарги. Річ у тім, що ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод охороняє право громадян на справедливий судовий розгляд лише при вирішенні питання щодо їх цивільних прав та обов'язків або встановленні обґрунтованості будь-якого кримінального обвинувачення. У Німеччині відносини з обов'язкового соціального страхування, так само як і в Україні, мають публічно-правовий характер, і Уряд Німеччини вказав на неприйнятність скарги, оскільки згадані у ній питання не пов'язані ні з цивільними правами та обов'язками, ні з кримінальним звинуваченням. Однак ЄСПЛ визнав заяву прийнятною і зазначив, що відмінності, які можуть існувати

¹ Рассохин В. В. Проблемы правового регулирования обязательного страхования гражданской ответственности : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Москва, 2011. С. 25.

² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Кн. 3. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. 2-е изд. Москва : Статут, 2011. С. 650.

³ Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування : Закон України від 23 верес. 1999 р. *Відом. Верхов. Ради України*. 1999. №46–47. Ст. 403.

між страхуванням у приватному секторі і соціальним страхуванням, не зачіпають основного характеру зв'язку між страховиком і страховальником. Надавши порівняльну оцінку рисам публічного і приватного права в цій справі, ЄСПЛ встановив, що останнє в ній переважає, обґрунтовуючи це тим, що жодна з ознак приватного права сама по собі не є вирішальною, але взяті в сукупності його ознаки (особистий, майновий і суб'єктивний характер права), наділяють висунуту вимогу цивільно-правовим характером»¹. Позицію щодо домінування приватного права над публічним ЄСПЛ висловив також у справі «Шутен та Мельдрум проти Нідерландів» щодо примусових внесків до фонду соціального страхування².

Зважаючи на вищевикладене, слід зазначити, що в основу удосконалення правового регулювання договірних відносин із надання страхових послуг повинно бути покладено концепцію цивільно-правової природи договору страхування при укладенні його як у добровільному порядку на підставі вільного волевиявлення сторін з метою захисту приватних інтересів, так і при використанні його як засобу реалізації публічного обов'язку, тобто незважаючи на примусовий характер укладення договорів обов'язкового страхування та стандартизації їх умов. При цьому, якщо надання страховиком страхової послуги у сфері обов'язкового страхування здійснюється на підставі вказівки закону на умовах, що визначені договором, за рахунок фізичних і юридичних осіб – мають місце приватноправові відносини. Якщо ж надання страховиком страхової послуги щодо захисту майнових інтересів здійснюється на умовах, визначених законом, за рахунок держави, то в такому випадку мають місце публічно-правові відносини з державного обов'язкового страхування.

Отже, договір обов'язкового страхування, незважаючи на публічну складову, яка відображається в примусовому характері укладення відповідного договору та стандартизації його умов, є регулятором приватноправових відносин. Однак з метою систематизації та розвитку страхового законодавства України однією із його функцій має стати забезпечення балансу приватних і публічних інтересів при

¹ Европейский суд по правам человека: избранные решения. Москва, 2015. Т. 1. С. 505–523.

² Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Schouten and Meldrum v. the Netherlands» (заява № 19005/91) від 9 грудня 1994 р. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%7D%5B%5C%22itemid%3A%5B%5C%22001-57907%5D%5D%7D> (дата звернення: 20.06.2020).

здійсненні страхової діяльності. У цьому контексті слід зазначити, що приватний інтерес у сфері страхування відображається у потребі отримання конкретними фізичними і юридичними особами страхового захисту своїх правомірних майнових інтересів шляхом здійснення страхової виплати (страхового відшкодування) у разі настання страхового випадку та реалізується на основі принципу свободи договору шляхом визначення і конкретизації сторонами договірних умов. У свою чергу, публічний інтерес у сфері договірних відносин із надання страхових послуг повинен стосуватися лише необхідності забезпечення фінансової стійкості та платоспроможності страховиків із метою забезпечення належного виконання ними взятих на себе зобов'язань щодо здійснення страхової виплати (страхового відшкодування) у разі настання страхового випадку, а також створення підвищених гарантій захисту для тих осіб, які в силу об'єктивних обставин піддаються підвищеному ризику та поширення страхового захисту на всі випадки можливого порушення суспільних інтересів шляхом гарантованості отримання страхової виплати (страхового відшкодування).

5.7. Договір про надання туристських послуг

Різні аспекти туристської діяльності, її організація і правове регулювання постійно викликали інтерес у науковців. Останніми роками відбулися кардинальні зміни в українській і міжнародній правових системах, що також вимагає осмислення з точки зору сучасного підходу до організації і правового забезпечення туристської діяльності.

Американо-австралійський соціолог Сальваторе Бабонес доводить, що після завершення пандемії та карантинних заходів, що вона викликала, на людство очікує повернення до глобальних та глобалізованих суспільних практик, головне у сферах економіки та туризму. Згідно з його експертною думкою саме глобалізовані ринки прокладатимуть шлях до подолання шокових впливів карантину¹.

¹ Не порушайте глобалізацію – вона спасет нашу економіку после пандемии. URL: <https://foreignpolicy.com/2020/04/25/globalization-economic-recovery-coronavirus-pandemic/> (дата звернення 22.06.2020).

Як Україні скористатися цією потенційною хвилею глобального піднесення?

Перед тим як перейти до змісту, коротко зазначимо про основні показники в туризмі. Зараз спостерігається активне захоплення аналізом та спробами просування України у світових показниках / індексах. Наприклад, привертається увага до індексу Doing business. Вочевидь, почесне місце в цих індексах є корисним для країни. Водночас не варто їх абсолютизувати. Кілька років тому глобальний індекс привабливості столиць світу розмістив Київ нижче Дамаску, незважаючи на той факт, що саме у Сирії вирувала кривава війна.

Отже, така ситуація диктує необхідність такі рейтинги активно аналізувати та коригувати місце України в них м'якою владою – тобто просування іміджу/бренду України на світових ринках.

Тут важливим інструментом може та повинен стати український туризм – як внутрішньоукраїнський, так і візити до України.

Україна має численні переваги, які можуть та повинні зробити її активним гравцем на глобальному туристському ринку. Вдале географічне розташування, природне розмаїття, багата культурна спадщина та бурхливе мистецьке життя, гастрономічні принади та – last but not least – освічене населення. Всі ці фактори необхідно використати для перетворення України на регіональний туристський хаб.

Розвиток туризму і недосконалість Закону України «Про туризм» призвів до необхідності розробки і прийняття нових правових актів, які регулювали б цивільно-правові відносини, що виникають у сфері надання туристських послуг.

На сучасному етапі розвитку туризму глобалізація перетворилася на одну із ключових його характеристик, якісно новий етап розвитку туристського ринку, що в цілому відповідає умовам світового господарства. Зараз туризм набуває рис інтегративної галузі, що має не тільки економічний, але й соціокультурний, екологічний, політичний характер та стимулює розвиток народної дипломатії.

Туристська сфера за останні роки набула глобально-світового характеру. В 1950 р. подорожувало у світі на міжнародних маршрутах 25,6 млн туристів, а зараз понад 1 млрд 500 млн туристів, що становить в межах 1/7 населення земної кулі. Якщо до цього додати внутрішній туризм, який становить у світі приблизно 1 млрд 600 млн, то разом – це понад 40% населення земної кулі.

Туризм є пріоритетною сферою економіки та культури, де послуги відіграють основну роль. В умовах розвитку ринку туризму успіх турфірм і готельних підприємств залежить від того, наскільки надані ними послуги відповідатимуть стандартам якості.

Розвиток туристської сфери, прагнення підприємств отримати найвищий прибуток сприяють урізноманітненню туристської діяльності, а запропоновані послуги набувають комплексного характеру. Але за останні роки збільшилась кількість скарг і претензій на організацію і якість туристських послуг. Багато турфірм і готельних комплексів діють без необхідного правового забезпечення і, як наслідок, через правову невідомість співробітників фірм та намагання обійти закон, несуть значні збитки.

Правове забезпечення діяльності туристських фірм і готельних підприємств вимагає кардинального покращення, так само як і переддоговірні і договірні діяльність як із споживачами турпослуг, так і з турфірмами. Особливої актуальності набуває діяльність із укладення і виконання договорів у цій сфері, а також практика розгляду претензій туристів, розбіжностей і спорів за договорами, контроль за виконанням договірних зобов'язань тощо¹.

Отже, правовідносини з надання туристських та готельних послуг повинні бути законодавчо врегульовані і одним з таких регуляторів є цивільно-правовий договір.

За своєю структурою цивільно-правовий договір становить систему правових зв'язків між його учасниками, їх дії в межах визначеного періоду часу спрямовані на досягнення певного результату².

Як слушно зазначається в юридичній літературі, договір, заснований на взаємній заінтересованості сторін, здатен забезпечити таку організацію, порядок і стабільність в економічному обороті, яких неможливо досягнути за допомогою найжорсткіших адміністративно-правових заходів³. Це твердження є актуальним і для договірних відносин з надання туристських послуг.

¹ Федорченко Н. В., Камінська Н. С. Договірні зобов'язання з надання туристичних та готельних послуг в Україні. *Перспективи розвитку туризму в Україні* : зб. ст. до ювілею В. К. Федорченка / відп. ред. Н. В. Федорченко, І. М. Мініч. Тернопіль : Підручники і посібники, 2019. С. 68–69.

² Луць В. В. Цивільно-правовий договір: його суть і сфера дії в сучасних умовах. *Рад. право*. 1987. № 8. С. 15.

³ Бородовський С. О. Укладення, зміна та розірвання договору у цивільному праві України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Івано-Франківськ, 2005. С. 13.

У сфері надання туристських послуг формуються договори, укладені між туроператором і конкретними виконавцями туристських послуг, а також договори, укладені між турфірмою і туристом (іншим замовником турпродукту), а також договори, які укладаються між туроператором і турагентом.

Слід зазначити, що законодавець у ст. 20 Закону України «Про туризм» визначає цей договір як договір на туристичне обслуговування, проте застосування законодавцем такого терміна не відповідає суті цього договору та не дає однозначної відповіді на питання про його правову природу. У цій статті як предмет договору з надання послуг законодавець називає певного роду дії або певну діяльність послугонадавача, тобто саму послугу. Тому вважаємо за доцільне погодитися з висновком М. М. Гудими, що для позначення дій, спрямованих на задоволення потреб туриста в процесі його подорожі, слід застосовувати термін «туристична послуга», а не «туристичне обслуговування», а отже, термін «обслуговування» не може відобразитися в назві договору між суб'єктом туристичної діяльності, що надає туристичні послуги, та туристом унаслідок більш широкого його змісту¹.

Якщо ми візьмемо для порівняння законодавство інших країн СНД, то найбільш слушно, на нашу думку, відображено найменування цього договору в Законі Республіки Білорусь «Про туризм», в якому цей договір іменується договором з надання туристичних послуг, а в ст. 17 цього Закону прямо вказується, що до даного договору «застосовуються правила, установлені законодавством для договору про надання послуг»². У міжнародній практиці в цілому під предметом договору між турфірмою і туристом розуміється або продаж туру як комплексу послуг, і тоді дані взаємовідносини регулюються договором купівлі-продажу, або надання туристичних послуг, і тоді має місце договір про надання послуг³.

Прикладом держави, в якій туристичний договір належить до договорів купівлі-продажу, є Великобританія. Так, у Великобританії використовується у взаєминах між організаторами туристичних подо-

¹ Гудима М. М. Захист прав споживачів за договором про надання туристичних послуг : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2012. С. 32.

² Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 1999. №95, 2/101.

³ Видулова О. Н. Комментарий к Федеральному закону «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации» (постатейный). Москва : ЗАО Юстицинформ, 2008. С. 86–87.

рожей і споживачами таких послуг Закон «Про продаж товарів» 1893 р. Під продажем розуміється угода, за якою право власності на придбаний тур від організатора подорожі до споживача туристичних послуг переходить пізніше, у момент початку обслуговування, а оплата туристичної подорожі відбувається відразу ж, безпосередньо в момент вчинення правочину з купівлі-продажу¹. Такі підходи дали підстави деяким авторам вважати, що договори на реалізацію туристичного продукту є змішаними договорами².

Тому враховуючи наведені аргументи та міжнародний досвід, видається доцільним використовувати єдине найменування даного договору – договір про надання туристичних послуг, що належить до договорів про надання послуг, які регулюються нормами гл. 63 ЦК України «Послуги. Загальні положення» та спеціальним законодавством (Законом України «Про туризм»), предметом якого є комплексна туристична послуга. І саме така назва цього договору має застосовуватись у відповідному законодавстві³.

Тому далі в авторському тексті будемо використовувати поняття «договір про надання туристських послуг», а в посиланні на Закон України «Про туризм» – «договір на туристичне обслуговування».

Акцентуємо увагу ще на одній законодавчій розбіжності. ЮНВТО (Всесвітня туристська організація), яка об'єднує близько 160 країн світу і є міжнародною міжурядовою організацією в галузі туризму, членом якої є і Україна з 1997 р., використовує термін «туристський» як у своїй назві, так і в офіційних документах. Але при розробці і прийнятті Закону України «Про туризм» в 1995 р. через непрофесійність був використаний термін «туристичний». Тому необхідно внести законодавчі корективи в термінологічний апарат туристської сфери.

Туристська діяльність – це професійна діяльність фізичних і юридичних осіб із організації подорожей, а юридичною підставою відносин між туроператором (турагентом) і туристом є саме укладення відповідного договору про надання туристичних послуг. Залежно від осо-

¹ Долматов Г. М. Международный туристский бизнес: история, реальность и перспективы. Ростов-н/Д., 2001. 68 с.

² Волошин Н. И. Правовое регулирование в туризме : учебник. 2-е изд., испр. и доп. Москва : Совет. спорт, 2004. С. 83.

³ Федорченко Н. В. Договірні зобов'язання з надання послуг: проблеми теорії і практики : монографія. Київ : НДІ приват. права і підприємництва НАПрН України, 2015. С. 118.

бливостей та специфіки замовленої туристом послуги, договір про надання туристських послуг може бути публічним, договором приєднання чи договором, що укладається на загальних конкурентних засадах. Для забезпечення надання туристських послуг туристична фірма і турист можуть укладати різні договори: доручення, комісії, агентських договорів, турист може укладати договори з суб'єктами, що безпосередньо надають ті чи інші послуги, які входять у комплексну туристську послугу.

Тобто туристська діяльність характеризується множинністю відносин між суб'єктами туристської діяльності і саме договір є основою регулювання цих відносин. Водночас усі зазначені нами договори, що застосовуються у сфері туристської діяльності, належать до договорів про надання послуг.

Туризм, як і будь-яка інша сфера, потребує правового регулювання. У цивільно-правових відносинах сфери туризму беруть участь туроператори, турагенти, перевізники, готелі, ресторани, екскурсійні бюро, культурно-розважальні заклади та туристи. В процесі створення, надання та споживання туристських послуг усі правовідносини повинні оформлюватися спеціальними цивільно-правовими договорами.

У процесі організації турів і формування туристичного продукту туроператор змушений вступати в договірні відносини та укладати угоди з іншими учасниками туристської діяльності. Договірні відносини туроператора реалізуються відповідно до технологічних циклів діяльності¹.

Найбільша кількість угод укладається в циклі виробництва туристичного продукту (договори з постачальниками послуг), в циклі реалізації укладаються агентські угоди, а також договори франшизи (продаж бренду, ліцензії) та договори з туристами (про надання туристських послуг, готельних послуг, екскурсійних послуг)².

Цикл споживання туристичного продукту передбачає підписання договору про співробітництво з страховою компанією, предметом якого і є страхування туристів під час подорожі, а також укладання угоди з банківською або іншою фінансово-кредитною установою, пред-

¹ Козловський Є. В. Правове регулювання туристичної діяльності : навч. посіб. Київ : «Центр учб. літ.», 2015. С. 179.

² Там само.

метом якого є фінансове забезпечення гарантій туристичного підприємства на випадок його неплатоспроможності (банкрутства)¹.

Договори з постачальниками послуг укладаються на підставі типового договору, який визначає умови надання послуг туристам та розкриває особливості роботи партнерів (постачальника послуг і туроператора). Усі взаємовідносини щодо надання туристичних послуг оформлюються письмовими договорами. Вони можуть мати типову форму договору купівлі-продажу або договору комісії. Основні положення договорів з постачальниками послуг аналогічні положенням типового договору: предмет договору, основні умови, права та обов'язки постачальника послуг, права та обов'язки туроператора, відповідальність сторін, форс-мажорні обставини, юридичні адреси та реквізити партнерів².

Договір вважається укладеним, якщо між сторонами досягнуто згоди з усіх істотних умов, які визнані законодавством необхідними для даного виду договорів. Сторони можуть встановлювати також додаткові умови договору, якщо у взаємовідносинах існує певна специфіка надання туристичних послуг. Винятки становлять лише ті випадки, коли зміст відповідної умови договору вимагається чинним законодавством³.

Розміщення займає центральне місце у комплексі послуг, що надаються туристам під час подорожі, воно є невід'ємною частиною кожного туру. Співпраця між туроператором і готельним підприємством може бути організована за різними варіантами, серед яких: оренда готелю, купівля блоку місць, робота на умовах бронювання та робота на умовах комісії. Вибір варіанта співпраці обумовлюється цілями обох сторін, їх розрахунками та очікуваннями від співробітництва, фінансовими можливостями, готовністю ризикувати тощо⁴.

Отже, відповідно до ст. 20 Закону України «Про туризм» за договором на туристичне обслуговування одна сторона (туроператор, який укладає договір безпосередньо або через турагента) зобов'язується надати за замовленням іншої сторони (турис-

¹ Козловський Є. В. Правове регулювання туристичної діяльності : навч. посіб. Київ : «Центр учб. літ.», 2015. С. 179.

² Там само.

³ Там само.

⁴ Там само. С. 179–180.

та) комплекс туристичних послуг (туристичний продукт), а турист зобов'язується оплатити його.

Договір про надання туристських послуг укладається в письмовій і/або електронній формі відповідно до чинного законодавства.

У договорі про надання туристичних послуг обов'язково зазначаються істотні умови договору:

1) строк перебування у місці надання туристичних послуг із зазначенням дат початку та закінчення туристичного обслуговування;

2) характеристика транспортних засобів, що здійснюють перевезення, зокрема їх вид і категорія, а також дата, час і місце відправлення та повернення (якщо перевезення входить до складу туристичного продукту);

3) готелі та інші аналогічні засоби розміщення, їх місце розташування, категорія, а також строк і порядок оплати готельного обслуговування;

4) види і способи забезпечення харчування;

5) мінімальна кількість туристів у групі (у разі потреби) та у зв'язку з цим триденний строк інформування туриста про те, що туристична подорож не відбудеться через недобір групи;

6) програма туристичного обслуговування;

7) види екскурсійного обслуговування та інші послуги, включені до вартості туристичного продукту;

8) інші суб'єкти туристичної діяльності (їх місцезнаходження та реквізити), які надають туристичні послуги, включені до туристичного продукту;

9) страховик, що здійснює обов'язкове та/або добровільне страхування туристів за бажанням туриста, інших ризиків, пов'язаних з наданням туристичних послуг;

10) правила в'їзду до країни (місця) тимчасового перебування та перебування там;

11) вартість туристичного обслуговування і порядок оплати;

12) форма розрахунку¹.

Будь-яка інформація, надана туроператором (турагентом) споживачу туристичних послуг, повинна містити достовірні відомості про умови договору про надання туристичних послуг. Інформація про

¹ Про внесення змін до Закону України «Про туризм»: Закон України від 15 верес. 1995 р. № 325/95-ВР. *Відом. Верхов. Ради України*. 1995. № 31. Ст. 241.

умови надання туристичних послуг, яку туроператор (турагент) поширює до укладення договору про надання туристичних послуг, має доводитися споживачам туристичних послуг у доступній формі та бути зрозумілою.

Туроператор (турагент) зобов'язаний дотримуватися умов надання комплексу туристичних послуг, про які був інформований споживач до укладення договору про надання туристичних послуг, крім випадків, коли про зміну таких умов повідомлено споживача до укладення договору або якщо зміни внесено на підставі угоди, укладеної між сторонами договору.

Стаття 19¹ Закону України «Про туризм» передбачає інформування споживачів про умови надання туристичних послуг.

Будь-яка інформація, надана туроператором (турагентом), повинна містити достовірні відомості про умови договору на туристичне обслуговування.

Інформація про умови надання туристичних послуг, яку туроператор (турагент) поширює до укладення договору на туристичне обслуговування, має доводитися у доступній, наочній формі, бути розбірливою, зрозумілою та містити відомості про:

- 1) місце надання туристичних послуг, програму туристичного обслуговування;
- 2) характеристику транспортних засобів, що здійснюють перевезення, зокрема їх вид і категорію;
- 3) характеристику готелів та інших об'єктів, призначених для надання послуг з тимчасового розміщення, у тому числі місце їх розташування, категорію, строки і порядок оплати готельного обслуговування;
- 4) види і способи забезпечення харчування під час туристичної подорожі;
- 5) мінімальну кількість туристів у групі, а також інформування туриста про те, що туристична подорож не відбудеться через недобір групи, не пізніше ніж за три дні до початку туристичної подорожі;
- 6) ціну туристичних послуг.

Туроператор (турагент) зобов'язаний дотримуватися умов надання комплексу туристичних послуг, про які був поінформований споживач до укладення договору на туристичне обслуговування, крім випадків, коли про зміну таких умов повідомлено споживача до укладення до-

говору або якщо зміни внесено на підставі угоди, укладеної між сторонами договору.

До укладення договору на туристичне обслуговування споживачеві туристичного продукту надається інформація про:

1) основні вимоги до оформлення в'їзних/виїзних документів (паспорт, дозвіл (віза) на в'їзд/виїзд до країни тимчасового перебування), у тому числі строк їх оформлення;

2) медичні застереження стосовно здійснення туристичної подорожі, зокрема протипоказання через певні захворювання, особливості фізичного стану (фізичні недоліки) і вік туристів, а також умови безпеки туристів у країні (місці) тимчасового перебування;

3) туроператора (турагента), його місцезнаходження, поштові реквізити, контактний телефон, наявність ліцензії на провадження туристичної діяльності та інші відомості відповідно до законодавства про захист прав споживачів;

4) керівника групи та засоби зв'язку з ним у разі здійснення туристичної подорожі за кордон чи перебування за кордоном неповнолітньої та/або малолітньої особи з метою встановлення законними представниками неповнолітньої або малолітньої особи прямого зв'язку з нею;

5) час та місце проміжних зупинок і транспортних сполучень та категорію місця, яке споживач займатиме в певному виді транспортного засобу;

6) види і тематику екскурсійного обслуговування, порядок здійснення зустрічей і провідів, супроводу туристів;

7) стан навколишнього природного середовища, санітарного та епідеміологічного благополуччя;

8) назву, адресу та контактний телефон представництв туроператора або організації (організацій), уповноваженої туроператором на прийняття скарг і претензій туристів, а також адреси і телефони дипломатичних установ України у країні (місці) тимчасового перебування або місцевих служб, до яких можна звернутися у разі виникнення труднощів під час туристичної подорожі;

9) порядок забезпечення туроператором обов'язкового та/або добровільного страхування туристів, розмір, порядок і умови виплати страхового відшкодування, а також можливість та умови добровільного страхування витрат, пов'язаних з розірванням договору на туристичне обслуговування за ініціативою туриста, страхування майна;

10) розмір фінансового забезпечення туроператора (турагента) на випадок його неплатоспроможності (банкрутства) та кредитну установу, яка надала таке забезпечення¹.

Говорячи про медичні застереження, необхідно зазначити, що планетарна трагедія, яка спіткала людство (світова пандемія коронавірусної інфекції (COVID-19)), вимагає від лідерів держав і людей переглянути і швидко впровадити нові методи та новий спосіб життя і подорожей. Ці незвичні вимоги інколи суперечать повсякденному укладу поведінки, міжособистісному спілкуванню, але, на жаль, світ змінюється і людство повинно змінювати свої звичні правила поведінки під час мандрівки. Новітній досвід епідемічної небезпеки наочно продемонстрував необхідність формування нових етико-правових та медичних моделей поведінки людства.

Зміна ціни туристичного продукту після укладення договору про надання туристичних послуг допускається лише у разі необхідності врахування зміни тарифів на транспортні послуги, запровадження нових або підвищення діючих ставок податків і зборів та інших обов'язкових платежів, зміни курсу гривні до іноземної валюти, в якій виражена вартість туристичного продукту.

Зміна ціни туристичного продукту можлива не пізніше як за двадцять днів до початку туристської подорожі. При цьому збільшення ціни туристичного продукту не може перевищувати п'яти відсотків його початкової ціни. У разі, якщо ціна туристичного продукту вища за початкову ціну на п'ять відсотків, турист має право відмовитися від виконання договору, а туроператор (турагент) зобов'язаний повернути йому раніше сплачену суму.

Кожна зі сторін договору про надання туристських послуг до початку туристичної подорожі може вимагати внесення змін до цього договору або його розірвання у зв'язку зі зміною істотних умов договору та обставин, якими вони керувалися під час укладення договору, зокрема у разі:

- погіршення умов туристичної подорожі, зміни її строків;
- непередбаченого підвищення тарифів на транспортні послуги;
- запровадження нових або підвищення діючих ставок податків і зборів, інших обов'язкових платежів;

¹ Про внесення змін до Закону України «Про туризм»: Закон України від 15 верес. 1995 р. № 325/95-ВР. *Відом. Верхов. Ради України*. 1995. № 31. Ст. 241.

- істотної зміни курсу гривні до іноземної валюти, в якій виражена ціна туристичного продукту;
- домовленості сторін¹.

Туроператор (турагент) зобов'язаний не пізніше як через один день з дня, коли йому стало відомо про зміну обставин, якими сторони керувалися під час укладення договору про надання туристських послуг, та не пізніше як за три дні до початку туристичної подорожі повідомити туриста про таку зміну обставин з метою надання йому можливості відмовитися від виконання договору без відшкодування шкоди туроператору (турагенту) або внести зміни до договору, змінивши ціну туристичного обслуговування.

Туроператор або турагент вправі відмовитися від виконання договору лише за умови повного відшкодування замовникові збитків, підтверджених у встановленому порядку та заподіяних внаслідок розірвання договору, крім випадку, коли це відбулося з вини туриста. Турист вправі відмовитися від виконання договору на туристичне обслуговування до початку туристичної подорожі за умови відшкодування туроператору (турагенту) фактично здійснених ним документально підтверджених витрат, пов'язаних із відмовою.

Якщо під час виконання договору про надання туристських послуг туроператор не в змозі надати значну частину туристичного продукту, щодо якого відповідно до договору на туристичне обслуговування сторони досягли згоди, туроператор повинен з метою продовження туристичного обслуговування вжити альтернативних заходів без покладення додаткових витрат на туриста, а в разі потреби відшкодувати йому різницю між запропонованими послугами і тими, які були надані.

У разі неможливості здійснення таких заходів або відмови туриста від них туроператор зобов'язаний надати йому без додаткової оплати еквівалентний транспорт для повернення до місця відправлення або іншого місця, на яке погодився турист, а також відшкодувати вартість ненаданих туроператором туристичних послуг і виплатити компенсацію у розмірі, визначеному в договорі за домовленістю сторін.

Туроператор несе перед туристом відповідальність за невиконання або неналежне виконання умов договору на туристичне обслуговування, крім випадків, якщо:

¹ Про внесення змін до Закону України «Про туризм»: Закон України від 15 верес. 1995 р. № 325/95-ВР. *Відом. Верхов. Ради України*. 1995. № 31. Ст. 241.

невиконання або неналежне виконання умов договору про надання туристичних послуг сталося з вини туриста;

невиконання або неналежне виконання умов договору на туристичне обслуговування сталося з вини третіх осіб, не пов'язаних з наданням послуг, зазначених у цьому договорі, та жодна із сторін про їх настання не знала і не могла знати заздалегідь;

невиконання або неналежне виконання умов договору на туристичне обслуговування сталося внаслідок настання форс-мажорних обставин або є результатом подій, які туроператор (турагент) та інші суб'єкти туристичної діяльності, які надають туристичні послуги, включені до туристичного продукту, не могли передбачити¹.

Договір про надання туристських послуг може передбачати компенсацію у разі спричинення шкоди туристу невиконанням або неналежним виконанням туристичних послуг, включених до туристичного продукту, відповідно до міжнародних конвенцій, що регламентують надання таких послуг.

Права і обов'язки, відповідальність сторін та інші умови договору між туроператором і турагентом визначаються відповідно до загальних положень про агентський договір, якщо інше не передбачено договором, укладеним між ними. Якість туристичних послуг має відповідати умовам договору про надання туристичних послуг, порядок і способи захисту порушених прав туристів визначаються Законом України «Про захист прав споживачів»².

Відповідальність за шкоду, заподіяну життю, здоров'ю та майну туриста, встановлюється законом, якщо договором на туристичне обслуговування не передбачена більша відповідальність туроператора.

Цивільно-правове регулювання туристичних відносин не обмежується межами однієї держави. Виникають проблеми, пов'язані із застосуванням іноземного законодавства та різноманітністю туристичних послуг.

У міжнародній практиці ваучер означає ордер на надання послуг, причому в законодавстві ряду країн путівка і ваучер розуміються як рівнозначні поняття: туристська путівка використовується у внутрішньому туризмі, ваучер – у міжнародному.

¹ Про внесення змін до Закону України «Про туризм»: Закон України від 15 верес. 1995 р. № 325/95-ВР. *Відом. Верхов. Ради України*. 1995. № 31. Ст. 241.

² Про захист прав споживачів: Закон України від 01.12.2005 № 3161. *Відом. Верхов. Ради України*. 2006. № 7. Ст. 84.

Необхідність у сфері туризму такого документа, як ваучер, викликана тим, що в міжнародному туризмі форми туристських путівок не завжди збігаються і не здатні повною мірою задовольнити обмін інформацією між приймаючою і відправною сторонами. Поряд із цим ваучер є і підставою для врегулювання взаєморозрахунків між суб'єктами туристичної діяльності – стороною, яка направляє туриста, і стороною, яка його приймає. Таким чином, ваучер підтверджує право цього туриста на відповідні послуги і пред'являється особою у місті надання цих послуг. Туристський ваучер є тим документом, в якому підтверджується факт надання послуг, їх обсяг і якість. З вищесказаного випливає, що туристський ваучер-документ, що підтверджує право туриста на відповідні послуги, який пред'являється за місцем їх надання приймаючій стороні¹.

Пропонуємо короткий екскурс в історію виникнення ваучера. Міжнародний туристський ваучер – унікальна система, яка вперше об'єднала ваучер з офіційним платіжним документом як його невід'ємна частина.

Над створенням цієї системи працювали провідні турагенти, метою яких було створення універсального ваучера, який гарантував би отримання комісійних «з випередженням», що зменшує витрати при обміні валюти, скорочуючи паперові роботи і забезпечуючи бронювання для клієнтів.

Міжнародний туристський ваучер є результатом спільних зусиль Всесвітньої федерації асоціацій туристських агентств (далі – ФУААВ).

Декілька років досліджень, розрахунків, розробок, тестування завершилися створенням цього документа.

Міжнародний туристський ваучер затверджений ФУААВ, національними асоціаціями, які входять у федерацію, представниками турагентств і схвалений Міжнародною готельною асоціацією, низкою провідних міжнародних готелів, незалежних готелів і урядовими установами у всьому світі.

Право на видачу ваучера має будь-який турагент, який є членом національної асоціації турагентств, або членом ФУААВ, або членом тієї чи іншої організації одночасно.

¹ Соловьев С. Л. Договор возмездного оказания услуг в сфере туристического обслуживания : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Москва, 2006. С. 37.

Міжнародний туристський ваучер призначений для бронювання місць у готелях, залізничних квитків, оренди автомобілів та інших видів надання послуг.

Міжнародний туристський ваучер приймається підприємствами, що надають послуги у всьому світі і практично виключає необхідність укладати договір з кожним із цих підприємств окремо. Цей ваучер містить юридично узаконений платіжний документ, який після пред'явлення вказаних в ньому видів послуг, може бути депонований на будь-який банківський рахунок підприємства, що надає послуги.

Слід зазначити, що міжнародний туристський ваучер приймається підприємствами, що надають послуги у всьому світі і його додатковою перевагою є гарантія бронювання – навіть у випадку пізнього прибуття¹.

Термін «ваучер» у законодавстві України вперше введено Законом України «Про туризм» у редакції від 15 вересня 1995 р. № 324/95-ВР, що означає документ, який підтверджує статус особи або групи осіб як туристів, оплату послуг чи її гарантію і є підставою для отримання туристом або групою туристів туристичних послуг.

У редакції Закону, що діє з 1 січня 2004 р., ваучер визначається як форма письмового договору на туристичне обслуговування або на екскурсійне обслуговування, яка може застосовуватися відповідно до цього Закону. Наведене визначення насамперед визначає, що ваучер є однією з форм укладення договору про надання туристських послуг, тобто договором про надання туристу комплексу туристських послуг (турпродукту) або надання екскурсійних послуг.

У ст. 23 Закону наведено перелік обов'язкових даних, що повинні міститись у договорі на туристичне обслуговування, укладеного шляхом видачі ваучера. До таких даних належать:

найменування та місцезнаходження суб'єкта туристичної діяльності, номер ліцензії на відповідний вид діяльності, юридична адреса;

прізвище, ім'я (по батькові) туриста (при груповій поїздки прізвища, імена (по батькові) членів групи);

строки надання і види туристичних послуг, їх загальна вартість;

назва, адреса та номер телефону об'єкта розміщення, його тип та категорія, режим харчування;

¹ Правове регулювання туристичної діяльності в Україні : зб. нормат.-прав. актів / за заг. ред. В. К. Федорченко ; Київ. ун-т туризму, економіки і права. Київ : Юрінком Інтер, 2002. С. 173–175.

розмір фінансового забезпечення відповідальності туроператора (турагента) або межі відповідальності суб'єкта туристичної діяльності за договором агентування;

інші дані, обумовлені характером угоди, складом групи тощо; дата видачі ваучера¹.

Отже, законодавець, визначивши перелік обов'язкових даних, що повинні зазначатися у ваучері, тим самим встановив вимоги до змісту бланка ваучера, якщо він використовується як форма укладення договору про надання туристичних або екскурсійних послуг, і недотримання якої, згідно зі ст. 215 ЦК України, є підставою для визначення правочину недійсним у зв'язку з недотриманням вимог ч. 4 ст. 203 ЦК України².

Необхідно звернути увагу на те, що, виходячи з норм Закону, ваучер як форма письмового договору використовується виключно у взаємовідносинах фізичних осіб (туристи, екскурсанти та інші споживачі послуг) та юридичних осіб (суб'єкти туристичної діяльності) і не є обов'язковим для застосування в договірних відносинах між юридичними особами, в тому числі з нерезидентами, якщо предметом таких відносин не є надання послуг безпосередньо туристам³.

Порядок оформлення ваучера та його використання затверджується центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері туризму та курортів.

Отже, договори у сфері туристської діяльності в Україні умовно можна поділити на три групи:

1) договори, укладені між туроператором і третіми особами, що надають окремі послуги, які входять у туристський продукт;

2) договори, укладені між турфірмою (туроператором, турагентом) та туристом і (або) іншим замовником турпродукту;

3) договори, укладені між туроператором і турагентом;

Договори у сфері туристської діяльності залежно від мети укладання можна поділити на: 1) договори, спрямовані на надання туристських послуг; 2) договори, що мають посередницький характер.

¹ Про внесення змін до Закону України «Про туризм»: Закон України від 15 верес. 1995 р. № 325/95-ВР. *Відом. Верхов. Ради України*. 1995. № 31. Ст. 241.

² Цивільний кодекс України: наук.-практ. коментар. 4-те вид., перероб. і допов. Харків: ТОВ «Одіссей», 2008.

³ Науково-практичний коментар до Закону України «Про туризм» / А. Т. Матвієнко, І. В. Приячук, М. А. Лесик, В. В. Андрейцев. Київ: Наук. ін-т туризму та курортів, 2006. С. 144.

Як правило, договори про надання туристських послуг належать до договорів приєднання. Іншими словами, вирішивши укласти з турфірмою договір, турист повинен повністю взяти всі її умови і тим самим приєднатися до договору про надання туристичних послуг. Отже, зміст договору є продуктом творчості самого туроператора. Винятком є випадок, коли турпродукт формується на підставі конкретного замовлення туриста.

Договір про надання туристських послуг є двостороннім (взаємним). Кожна з його сторін має майновий інтерес, тобто володіє правом на отримання зустрічного задоволення: турист отримує передбачений договором комплекс туристських послуг, організатор подорожі визначену договором грошову суму.

Договір про надання туристських послуг слід визначити як консенсуальний договір, що випливає з самої природи туристських послуг, що включає в себе виконання різноманітних дій юридичного і фактичного характеру.

Законодавець у ст. 901 ЦК України як предмет договору про надання послуг називає певного роду дію чи певну діяльність виконавця, тобто саму послугу.

Говорячи про укладення договору про надання туристських послуг, насамперед слід відзначити про реалізацію такого принципу цивільного права, як «свобода договору», сформульованого у ст. 627 ЦК України.

Може бути два способи оформлення правових відносин між туристом і туристською організацією:

- 1) формування туру і подальша його реалізації туристу на вироблених туроператором умовах;
- 2) за індивідуальним замовленням туриста.

У першому випадку передбачено самостійне формування туру туроператором, який у письмовому вигляді інформує невизначене коло споживачів-туристів про умови придбання туристських послуг, включаючи всі істотні умови. Ця інформація є публічною офертою, тобто пропозицією укласти договір шляхом приєднання до запропонованих в договорі умов у цілому.

Слід вказати на результати аналізу типових договорів про надання туристських послуг, які вказують на інші недоліки в цьому аспекті, зокрема:

- в договорах не досить чітко визначаються права і обов'язки турагента (туроператора);
- відповідальність турагента (туроператора) перекладається на третіх осіб, незважаючи на те, що вони не вступають у договірні відносини з туристом;
- значно перебільшуються міри відповідальності туриста шляхом розширення переліку його обов'язків;
- форс-мажорні обставини в договорі значно розширені.

Згідно з чинним законодавством можливий досудовий та судовий порядок вирішення спору. Досудовий порядок передбачає задоволення претензій туриста у добровільному порядку, а також звернення туриста за захистом до органів захисту прав споживачів.

Претензія до якості туру пред'являється туристом до іншої сторони договору (туроператору або турагенту) в письмовій формі. Від обґрунтованості та достовірності пред'явлених до турфірми вимог залежить і рішення суду. Такі вимоги повинні бути чітко сформульовані, лаконічні і аргументовані вказівкою на обставини, які були порушені туристичною компанією (умови договору, норми закону). Будь-яка претензія повинна мати доказову базу. Досудове врегулювання спорів шляхом пред'явлення письмової претензії є обов'язковим. Виходячи з цього виникає питання, що є підставою для вирішення спору в претензійному порядку, – якість послуг або умови договору.

Претензія повинна бути адресована тільки тій стороні, яка підписала договір, незалежно від того, хто за її дорученням виконував цей договір.

Закономірно виникає питання про розподіл відповідальності між туроператором і турагентом. У договірних відносинах з надання туристських послуг, значну частину договору виконує туроператор або треті особи – контрагенти туроператора. Турагент повинен відповідати за невиконання власних обов'язків, в які може входити оформлення документів, інформування про туристичні послуги, заповнення анкет тощо. Також визначення відповідальності залежить від типу договору, укладеного між туроператором і турагентом. Якщо між ними укладено договір комісії, за яким турагент зобов'язується за дорученням туроператора за винагороду вчинити один або кілька правочинів від свого імені, але за рахунок туроператора, то відповідальність буде покладена на турагента. При укладенні договору доручення турагент діє від

імені і за рахунок туроператора, відповідно відповідальність несе туроператор. У разі укладення агентського договору питання про відповідальність вирішується залежно від того, від свого або від чужого імені буде укладено договір турагентом. Можлива також солідарна відповідальність туроператора і турагента.

Таким чином, договірна практика та аналіз норм ЦК України, Закону України «Про туризм» та Закону України «Про захист прав споживачів» дозволяє зробити висновок про те, що цивільно-правова відповідальність туроператора (турагента) як виконавця за договором про надання туристських послуг може наступити за:

- невиконання або неналежне виконання умов договору;
- недотримання вимог, що пред'являються до якості туристської послуги;
- порушення права туриста на достовірну інформацію;
- заподіяння шкоди життю та здоров'ю при наданні туристських послуг.

Турист як споживач послуг має право на відшкодування матеріальної та моральної шкоди. Грошову оцінку майнової шкоди називають збитками. У ч. 2 ст. 22 ЦК України вказується на два види збитків: реальні збитки та упущена вигода. На наш погляд, під час відшкодування збитків туристу необхідно враховувати як реальний збиток, так упущену вигоду. Здебільшого за договором про надання туристських послуг туристам компенсується лише реальна шкода, тобто заподіяння шкоди здоров'ю, майну тощо.

ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ІЗ ЗАМІНИ СТОРІН У ЗОБОВ'ЯЗАННІ

6.1. Загальні питання переходу прав кредитора до третіх осіб

У юридичній літературі, присвяченій дослідженню питань зобов'язального права, значна увага приділяється інституту зміни зобов'язань. Більшість дослідників займають єдину позицію щодо поняття інституту зміни зобов'язань, визначаючи його як зміну їх окремих елементів.

На наш погляд, вбачається переконливою класифікація випадків зміни зобов'язань, запропонована Е. Годеме¹. Автор розподіляє їх на такі:

- 1) зміни, що належать до сили зобов'язання;
- 2) зміни, що належать до предмета чи до змісту зобов'язання;
- 3) зміни, що належать до активного чи пасивного суб'єктів зобов'язання.

Насамперед слід зазначити, оскільки до суб'єктного складу зобов'язання входять активний суб'єкт (кредитор) та пасивний суб'єкт (боржник), зобов'язання може зазнавати змін як з боку кредитора, так і з боку боржника.

Іншими словами, первісні кредитор і/чи боржник можуть під час дії зобов'язання з тих чи інших причин вийти з цього зобов'язання, замінивши себе іншою особою. Така заміна, що відбувається з боку як кредитора, так і боржника, в юридичній літературі одержала назву зміни осіб у зобов'язанні².

Необхідно відзначити, що поряд із терміном «зміна осіб в зобов'язанні» в літературі в силу об'єктивних причин використовуються й інші

¹ Годэмэ Е. Общая теория обязательств. Москва, 1948. С. 434.

² Советское гражданское право / под ред. Д. М. Генкина и Я. А. Куника. Москва, 1967. С. 201.

терміни для характеристики цього правового явища. Так, Р. Саватьє використував термін «трансформація зобов'язань»¹, Е. Годеме – «перенесення зобов'язань»², такий самий термін пропонував і Й. О. Покровський³, К. П. Победоносцев – «зміну осіб у зобов'язаннях»⁴, М. І. Брагинський – «спеціальні випадки зміни договору (заміна сторін)»⁵ тощо.

Незважаючи на таку різноманітність термінів, автори сходяться у своїй позиції щодо змісту аналізованого правового явища. На наш погляд, аналіз передумов виникнення того чи іншого визначення має швидше історичне, ніж правове значення і, отже, виходить за межі нашого дослідження.

Існують три основні правові форми зміни суб'єктного складу зобов'язань:

- 1) універсальне правонаступництво;
- 2) перехід прав кредитора;
- 3) переведення боргу.

Не викликає сумнівів, що перехід прав кредитора до третіх осіб, так само як і переведення боргу, є окремим випадком зміни суб'єктного складу зобов'язання.

Ураховуючи предмет дослідження, основну увагу приділимо договірним способам заміни сторони у зобов'язанні, а саме договірному переходу прав кредитора та переведенню боргу.

Перехід прав кредитора до третіх осіб є зміною зобов'язання на стороні активного суб'єкта, що виражається, як правило, у повній заміні первісного кредитора третьою особою (новим кредитором). Повна заміна первісного кредитора виявляється в декількох аспектах. Права первісного кредитора переходять до нового кредитора в обсязі й на умовах, що існували на момент переходу прав. Новий кредитор цілком витісняє із зобов'язання первісного кредитора.

Аналізуючи поняття інституту переходу прав кредитора до третіх осіб, варто звернути увагу на те, що не всі зобов'язальні права ви-моги можуть переходити від одного кредитора до іншого. Подібно до

¹ Саватьє Р. Теория обязательств. Москва, 1972. С. 372.

² Годэмэ Е. Общая теория обязательств. Москва, 1948. С. 459.

³ Покровский И. А. История римского права. С.-Петербург, 1998. С. 446.

⁴ Победоносцев К. П. Курс гражданского права. Ч. 3: Договоры и обязательства. С.-Петербург, 1880. С. 223.

⁵ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Книга первая: Общие положения. Москва, 1999. С. 464.

деяких об'єктів цивільних прав, що вилучені з обороту, ЦК України у ст. 515 містить заборону переходу прав, нерозривно пов'язаних з особистістю. Зазначимо, що ще класичному римському праву був відомий поділ зобов'язань на зобов'язання, що можуть передаватися, і зобов'язання без права передачі (*obligationes intuitu personae*)¹. До таких зобов'язальних прав, зокрема, належать вимоги про аліменти й про відшкодування шкоди, заподіяної життю чи здоров'ю, вочевидь тому, що вимоги і, відповідно, платежі такого роду мають суворо цільове призначення. В. А. Белов зазначає, що суворо особисті права у принципі не пристосовані до передачі, оскільки вони нерозривно пов'язані з особистістю тільки конкретного кредитора².

З огляду на викладене вбачається, що законодавець обґрунтовано використовував імперативну норму в регулюванні цього аспекту переходу прав кредитора до третіх осіб. Слід зазначити, що у ст. 515 ЦК України така заборона прямо встановлена для відступлення вимог про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю. З огляду на наявність загальної заборони відступлення вимог суворо особистого характеру в чинному ЦК України законодавство України у цілому підтримує ідеї класичного римського права в регулюванні питань, пов'язаних із відступленням прав суворо особистого характеру.

Значний інтерес становить правова регламентація взаємин осіб, що беруть участь у переході прав вимоги первісного кредитора до нового кредитора. На нашу думку, доцільно проаналізувати взаємні права й обов'язки первісного кредитора, нового кредитора і боржника, що виникають у процесі їхніх правовідносин із приводу переходу прав вимоги.

Взаємовідносини первісного кредитора і боржника. За загальним правилом, перехід прав кредитора відбувається незалежно від волі боржника, тобто для переходу прав кредитора не потрібна згода боржника. Це правило походить з римської цесії. При цьому ЦК України містить і винятки з цього правила – відповідно до ст. 516, яка визначає порядок заміни кредитора у зобов'язанні, заміна кредитора у зобов'язанні здійснюється без згоди боржника, якщо інше не передбачено договором або законом.

¹ Пухан И., Поленак-Акимовская М. Римское право. Москва, 1999. С. 203.

² Белов В. А. Сингулярное правопреемство в обязательстве. Москва, 2000. С. 141.

Таким чином, при переході прав кредитора між боржником і первісним кредитором не виникає жодних взаємних правових обов'язків, за винятком випадків, передбачених законом чи договором. Існує винятково право кредитора передати належну йому вимогу.

Взаємовідносини між первісним і новим кредиторами. По суті взаємовідносини між кредиторами є проміжною стадією, коли первісний кредитор залишає зобов'язання, а новий кредитор займає його місце. Очевидно, що метою таких взаємин є легітимація нового кредитора як активного суб'єкта зобов'язання. У зв'язку з цим закон містить єдину вимогу – первісний кредитор зобов'язаний передати новому кредитору документи, що засвідчують право вимоги, подати відомості, що мають значення для здійснення права вимоги. Дійсно, без дотримання цього положення новий кредитор просто не зможе реалізувати право вимоги, яке перейшло до нього.

Відзначимо також, що додаткові обов'язки первісного кредитора можуть бути визначені правочином про передачу права вимоги (природно, це твердження справедливе лише для випадків переходу прав кредитора за правочином).

Взаємовідносини між новим кредитором і боржником. Найбільш детально законодавець регулює саме взаємини між «оновленим складом» учасників зобов'язання. Законодавець цілеспрямовано зміцнює правове положення боржника у зміненому зобов'язанні – на наш погляд, у цьому виявляється прагнення зберегти баланс інтересів: оскільки перехід прав кредитора відбувається, як правило, без узгодження з боржником, правове положення останнього в результаті такого переходу прав не повинно погіршуватися. ЦК України містить низку імперативних норм, що закріплюють права боржника й обов'язки кредитора.

ЦК України не закріплює правила про те, що боржник має бути повідомлений про перехід прав кредитора, що відбувся. Натомість ч. 2 ст. 516 ЦК України містить положення, з яких такий обов'язок випливає: якщо боржник не був письмово повідомлений про заміну кредитора у зобов'язанні, новий кредитор несе ризик настання несприятливих для нього наслідків. У цьому разі виконання боржником свого обов'язку первісному кредиторіві є належним виконанням. Зазначений обов'язок покладається на нового кредитора, оскільки саме він є зацікавленою особою в належному виконанні зобов'язання. Однак, з огляду на те, що ЦК України не вказує на суб'єкта цього обов'язку,

можна припустити, що у випадку договірної передачі прав кредитора обов'язок повідомлення боржника про перехід прав, що відбувся, може бути покладений і на первісного кредитора (як додаткова умова правочину про передачу прав вимоги). Закон передбачає й санкцію за неповідомлення боржника про перехід прав, що відбувся, – у цьому випадку новий кредитор буде нести ризик несприятливих наслідків. Іншими словами, за таких умов виконання боржником зобов'язання первісному кредитору вважається належним виконанням, що, як відомо, припиняє зобов'язання.

Крім того, у ЦК України закріплюється положення про те, що боржник вправі не виконувати зобов'язання новому кредитору до надання доказів переходу до нього прав вимоги (ч. 2 ст. 517 ЦК України).

Оскільки новий кредитор вступає у вже існуюче зобов'язання, він несе на собі тягар можливих негативних наслідків. Первісний кредитор зобов'язаний представити новому кредитору інформацію, що має значення для здійснення права вимоги. При цьому відповідальність первісного кредитора передбачається лише за недійсність переданого ним новому кредитору права вимоги у випадку передачі права за правочином. ЦК України не містить норм про відповідальність первісного кредитора при переході його прав до нового кредитора на підставі закону. Очевидно, що новий кредитор, вступаючи в права кредитора за зобов'язанням, діє на свій страх і ризик, оскільки довести невиконання первісним кредитором обов'язку із наданих інформації про право вимоги, як правило, практично неможливо. Боржник, у свою чергу, наділяється правом використовувати проти вимоги нового кредитора заперечення, які він мав проти первісного кредитора на момент повідомлення про перехід прав (ст. 518 ЦК України). Це право боржника знаходить своє обґрунтування у двох площинах: по-перше, покладення на боржника негативних наслідків переходу прав кредитора, у якому боржник не брав участі, суперечило б загальним принципам цивільного права, а по-друге, зміст вимоги до боржника фактично не змінився, змінився лише суб'єкт цього права вимоги.

Підбиваючи підсумки аналізу прав і обов'язків кредиторів і боржника, що виникають при переході прав кредитора в цивільному праві, необхідно зазначити, що законодавець, дозволяючи такий перехід прав, прагне зберегти стабільність первісного зобов'язання, а також, щоб уникнути зловживань з боку кредиторів, за допомогою імперативних

норм надає правовий захист боржнику – найбільш слабкому суб'єкту з погляду правових можливостей впливу на процес переходу зобов'язальних прав вимоги до нього.

6.2. Договори з відступлення права вимоги (цесії)

Поняття відступлення права вимоги (цесії)

У юридичній літературі існує точка зору, що інститут відступлення права вимоги (цесії) у сучасному його розумінні зародився в імператорський період Давнього Риму¹. Римське приватне право розглядало відступлення права вимоги (цесію) як договірну передачу прав вимоги кредитора.

Сучасне українське цивільне право зберегло римський підхід до визначення відступлення права вимоги. Зокрема, ЦК України у ст. 512 закріплює положення про те, що однією з підстав заміни кредитора у зобов'язанні є передання кредитором своїх прав іншій особі за правомочинном (відступлення права вимоги).

Отже, питання про допустимість цесії було врегульоване законодавцем. Однак із появою в законодавстві загальних норм про відступлення права вимоги перед цивілістами виникла, на наш погляд, більш вагома й значна проблема, а саме з'ясування правової природи цесії. Наслідки відповіді на питання про суть відступлення права вимоги не можуть бути віднесені до винятково теоретичних. Як свідчить практика, регулювання інституту відступлення права вимоги значною мірою залежить від визначення його правової природи, іншими словами, від відповіді на питання «що є цесія?».

Розглянемо основні позиції цього питання, які існували в цивілістиці в різні періоди.

Заслуговує на увагу висловлена в дореволюційній цивілістичній літературі думка Г. Ф. Шершеневича про те, що у випадку заміни активного суб'єкта зобов'язання, заснованого на юридичному правомочинні, таким правомочинном, що має своїм результатом передачу права, може виступати договір чи заповіт. Особливо підкреслюється, що акт пере-

¹ Трепицын И. Н. Гражданское право губерний Царства Польского и русское в связи с проектом гражданского уложения: Общая часть обязательственного права. Варшава, 1914. С. 199.

дачі права, іменованій цесією, відмінний від правочину, що служить йому підставою. Власне кажучи, ці акти відрізняються як передача матеріальних речей і договір¹, який лежить в її основі.

Дещо іншу модель відступлення прав пропонував Д. І. Мейєр. Оскільки, як правило, відступлення права вимоги вбачається оплатним, а право за зобов'язанням «скільки-небудь значним» звичайно втілюється в письмовому акті, який із переходом права також переходить до правонабувача, то правочин про відступлення права за зобов'язанням легко звести до купівлі-продажу зазначеного акта, а правочин про право представляти начебто правочином про акт.

При цьому Д. І. Мейєр вказує, що купівля-продаж є правочином про перехід права власності на річ, у той час як при відступленні права вимоги за зобов'язанням хоча й переходить право власності по акту, але це право тут щось другорядне чи навіть третьорядне, так що не у прямо, а тільки в переносному значенні говориться про купівлю й продаж права, у юридичному ж значенні можна говорити тільки про передачу, відступлення права. Саме цим, на думку Д. І. Мейєра, зумовлений той факт, що положення законодавства про купівлю-продаж не застосовуються безумовно до відступлення права за зобов'язанням, оскільки ці положення регулюють перехід права власності, а не перехід права на чужу дію². Власне кажучи, запропонована автором конструкція являла собою конструкцію передачі прав з цінного паперу – немає передачі паперу (акта), немає й переходу прав вимоги. Унаслідок відсутності у Зводі законів загального правила про письмову форму для договорів про передачу прав можна припустити, що така конструкція зіткнулася б із серйозними перешкодами у випадку передачі вимог за усним договором (згадаємо також проблему бездокументарних цінних паперів у сучасному цивільному праві). Додамо також, що така модель, на нашу думку, застосовувалася автором і до безоплатного відступлення права із зобов'язання.

І. Н. Трепіцин зазначав, що «купівля-продаж є однією з основ відступлення вимог, але не єдиною, ... відступлення вимог є інститут самостійний, а тому для неї потрібно зовсім особливе й самостійне місце»³.

¹ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. Москва, 1995. С. 287–288.

² Мейер Д. И. Русское гражданское право : в 2 ч. Москва : Статут, 1997. Ч. 2. С. 116.

³ Трепицын И. Н. Гражданское право губерний Царства Польского и русское в связи с проектом гражданского уложения: Общая часть обязательственного права. Варшава, 1914. С. 202.

К. П. Победоносцев щодо підстави передачі прав вказував, що такою звичайно є раніше укладений договір (не слід плутати з попереднім договором), що має на меті обмін цінностей. На думку автора, передача прав може здійснюватися за гроші (тобто продається право вимоги за зобов'язанням), на доказ боргу, для зрівняння цінностей під час поділу спадщини та ін. Передача може бути здійснена і з метою дарування¹.

Тепер звернемося до поглядів на природу відступлення права вимоги, що існували у вітчизняній цивілістиці радянського періоду.

М. М. Агарков розглядав відступлення права вимоги як самостійний договір, що відрізняється від договору, за яким одна особа зобов'язується передати іншій право вимоги до третьої особи (купівля-продаж чи дарування вимоги). На думку цивіліста, купівля-продаж вимоги зобов'язує продавця здійснити відступлення права вимоги (так само, як і договір постачання зобов'язує продавця здійснити передачу (традицію) товару покупцю; іншими словами, цесія тут має те саме значення, що й передача у випадку постачання товарів)².

Подібною позиції дотримувався й І. Б. Новицький, який обґрунтовано стверджував, що односторонньої заяви кредитора про те, що він відступає право вимоги, недостатньо – потрібно прийняття цієї вимоги новим кредитором, з чого випливає, що відступлення права вимоги здійснюється за правочином сторін, а саме за договором³.

Найбільш чітко свою позицію висловив Б. Б. Черепакін. Автор, розглядаючи відступлення права вимоги через призму сингулярного правонаступництва в зобов'язальних правах кредитора, зазначав, зокрема, що основним юридичним фактом відступлення права вимоги (цесії) є договір між цедентом і набувачем вимоги про відступлення останньому певної вимоги. Такий договір може бути як оплатним (тоді йдеться про продаж боргової вимоги), так і безоплатним (дарування боргової вимоги)⁴.

Пізніше, із прийняттям у 1963 р. ЦК з'явилися нові погляди на природу відступлення права вимоги, що дещо відрізнялися від викла-

¹ Победоносцев К. П. Курс гражданского права. Ч. 3: Договоры и обязательства. С.-Петербург, 1880. С. 226.

² Гражданское и торговое право капиталистических стран / кол. авт. Москва, 1949. С. 316.

³ Новицкий И. Б., Луниц Л. А. Общее учение об обязательстве. Москва, 1950. С. 223.

⁴ Черепакин Б. Б. Правопреемство по советскому гражданскому праву. Москва : Госюриздат, 1962. С. 68.

дених внаслідок появи у цьому кодексі самостійної глави, присвяченої відступленню права вимоги й переведенню боргу.

Вбачається переконливою позиція О. О. Красавчикова, який розглядав відступлення права вимоги як юридичний факт (склад), в силу якого відбувається зміна уповноваженої особи (кредитора) у зобов'язанні. Як вказував автор, юридично-фактичною підставою заміни особи в зобов'язанні є правочин між колишнім кредитором і особою, що займає його місце в зобов'язанні. До неї застосовуються усі вимоги, установлені законом про правочини й договори, а також низка спеціальних норм, що регулюють відступлення права вимоги¹.

Необхідно звернути особливу увагу на позицію Н. І. Коваленко. Автор розглядає відступлення права вимоги як спеціальний правочин (договір), за яким первісний кредитор передає своє право вимоги третій особі. При цьому зазначимо, що автор ніяк не розмежовує ці спеціальні правочини, у тому числі й за критерієм оплатності².

Розглянемо, нарешті, погляди сучасних цивілістів на проблему правової природи відступлення права вимоги.

М. І. Брагінський вказував, що підставою переходу прав кредитора за правочином є не цесія як особливий правочин, а правочин, що лежить в основі цесії.

Деякі роздуми з приводу природи цесії були висловлені В. А. Беловим, який пропонує під відступленням права вимоги розуміти не найменування правочину, а її мету, що лежить в основі такої передачі вимоги³.

Варта уваги позиція І. В. Спасибо-Фатеевої. Автор, розвиваючи позицію М. І. Брагінського, вказує, що цесією необхідно визнати сам факт заміни особи в зобов'язанні, юридично-правову конструкцію, що складається унаслідок укладення відповідного правочину купівлі-продажу, міни чи дарування прав, що впливають із зобов'язання⁴.

¹ Советское гражданское право / под ред. А. Красавчикова. Т. 1. Москва: Высшая школа, 1972. С. 377.

² Советское гражданское право / отв. ред. В. П. Грибанов и С. М. Корнеев. Москва, 1979. Т. 1. С. 450–451.

³ Белов В. А. Сингулярное правопреемство в обязательстве. Москва, 2000. С. 139–140. Зазначимо, що позиція В. А. Белова вбачається досить суперечливою – досліджуючи питання про абстрактність відступлення вимоги автор вже розглядає цесію як самостійний правочин.

⁴ Спасибо-Фатеева И. В. Правовая природа цессии. *Предпринимательство, хозяйство и право*. 1998. № 11. С. 14.

Систематизація наданих позицій дозволяє проаналізувати основні тенденції й зробити висновок про можливість застосування цих позицій з погляду чинного законодавства.

Наведені правові позиції з певним ступенем умовності можна поділити на три основні групи. До першої необхідно віднести позиції авторів, що розглядають відступлення права вимоги як спеціальний самостійний правочин, договір *sui generis* (Н. І. Коваленко). Друга група авторів розглядає відступлення права вимоги як акт передачі права, заснований, як правило, на договорі (Д. І. Мейєр, Г. Ф. Шершеневич, М. М. Агарков та ін.). І, нарешті, третя група вчених розглядає відступлення права вимоги як правовий результат правочину (договору) про передачу прав (Б. Б. Черепакін, М. І. Брагінський, І. В. Спасибо-Фатєєва)¹.

На наш погляд, висновок про те, що відступлення права вимоги являє собою самостійний спеціальний договір, багато в чому ґрунтується на особливостях правового регулювання відносин, пов'язаних з відступленням права вимоги, у радянський період. Справа в тім, що цивільне право цього періоду не розглядало право вимоги як самостійний об'єкт, який міг би переходити від однієї особи до іншої в рамках існуючих договорів про передачу майна. Однак умови економічного розвитку вже в той період вимагали створення можливості для обороту зобов'язальних прав. У такій ситуації доктрина створила так званий «договір цесії» як самостійний договір зі спеціальним об'єктом – зобов'язальним правом вимоги. Доцільність такої позиції була поставлена під сумнів М. І. Брагінським, який переконливо обґрунтував неможливість застосування цієї конструкції в сучасному цивільному праві.

На нашу думку, більш обґрунтованими є позиції авторів, виокремлені в другу й третю групи.

Як свідчить наведений ретроспективний аналіз, у дореволюційній цивілістиці переважав погляд на цесію як на акт передачі права, заснований на договорі про його передачу. Така позиція об'єктивно ґрунтувалася на наявності законодавчо закріпленої можливості передачі прав у рамках існуючих цивільно-правових договорів і відсутності будь-яких

¹ Ще раз підкреслимо, що поданий поділ авторських позицій на групи має досить умовний характер, оскільки позиція кожного автора індивідуальна і побудована на самостійних логічних міркуваннях; крім того, необхідно враховувати, що позиції висловлювалися в різні історичні періоди.

загальних правил про відступлення права вимоги. Природно, що за таких умов не було передумов для створення конструкції цесії як самостійного правочину. Загалом вона зводилася до такого: первісний кредитор укладає договір (купівлі-продажу, дарування тощо) про передачу вимоги новому кредитору, потім відбувається акт передачі вимоги (цесія). Підкреслимо, що зазначений акт передачі вимоги в такій правовій конструкції має правоутворюючий характер. Результатом реалізації такої конструкції є перехід прав вимоги до нового кредитора.

Таким чином, перехід прав кредитора за правочином відбувався на підставі юридичного складу, одним з елементів якого була цесія. Як зазначав Г. Ф. Шершеневич, найчастіше обидва елементи цього юридичного складу з'єднувалися в єдине ціле, іншими словами, договір про передачу вимоги містив у собі, як правило, і акт передачі. Безумовно, така конструкція цесії з позиції сучасного цивільного права вбачається більш прийнятною, ніж конструкція цесії як самостійного договору.

Детального аналізу вимагає позиція авторів щодо цесії як правового результату договорів про передачу вимог. На наш погляд, теорія цесії як правовий результат являє собою вдосконалений різновид теорії цесії як акт передачі вимоги, інтерпольований на площину сучасного цивільного законодавства. Сутність теорії цесії як правового результату полягає в тому, що цесія ґрунтується на юридичному складі, основним елементом якого є договір / правочин про передачу вимоги. Інші елементи цього юридичного складу – умови цесії, закріплені в законодавстві. При цьому під умовами цесії необхідно розуміти додаткові вимоги, пропонувані законодавцем до переданої вимоги й до правочину, на підставі якої ця вимога передається. Де-факто, умови правочину про передачу вимоги охоплюють і умови її передачі.

Крім того, з позицій сучасного законодавства вбачається недоцільною яка-небудь спроба пов'язати перехід вимоги саме з актом його передачі, а не з правочином, що лежить в основі переходу права вимоги.

Дійсно, положення ЦК містять правило про необхідність передачі первісним кредитором новому кредитору визначених документів, що засвідчують право вимоги (ч. 1 ст. 517 ЦК України). На перший погляд, законодавець за допомогою зазначеної норми закріплює необхідність здійснення акта передачі в розумінні дореволюційних цивілістів. Однак при детальному аналізі правових норм про відступлення права вимоги стає очевидним такий висновок: як зазначалося, акт передачі вимоги

(за Д. І. Мейєром – передачі документа, що підтверджує вимогу) у до-революційному праві мав правоутворюючий характер; у сучасному праві закон не пов'язує правових наслідків у вигляді переходу прав первісного кредитора саме з передачею документів, що підтверджують вимогу. Така передача документів має винятково правопідтверджуючий характер, передача документів і має на меті підтвердити факт переходу прав до нового кредитора. Системний аналіз законодавчих положень про відступлення права вимоги дозволяє зробити висновок про те, що виділення акта передачі вимоги як самостійного елемента юридичного складу переходу вимоги неминуче призведе до невір-даного ускладнення механізму передачі вимоги за правочином.

Норми ЦК України про відступлення вимоги органічно включили в себе багатовіковий досвід розвитку цього інституту зобов'язального права. Сучасне законодавче регулювання, закріплення можливості обороту майнових прав усунуло необхідність конструювання цесії як самостійного договору. Водночас наявність загальних правил про від-ступлення права вимоги і їхній зміст дозволяє поставити під сумнів доцільність сприйняття цесії як акта передачі вимоги. Норми ЦК про відступлення права вимоги являють собою не що інше, як додаткові вимоги до правочину, за яким первісний кредитор відступає зобов'язаль-не право вимоги новому кредитору.

З огляду на викладене обґрунтованим вбачається висновок про те, що відступлення права вимоги (цесія) за своєю природою є безпосеред-нім правовим результатом правочину про передачу вимоги, що відпо-відає положенням закону. Іншими словами, відступлення права вимоги (цесія) є результатом, як правило, заснованої на договорі передачі прав кредитора. При цьому закріплені в чинному законодавстві норми про відступлення права вимоги мають пріоритет перед нормами про договір, на підставі якого передаються права (норми про купівлю-продаж, дару-вання та ін.). Особливо підкреслимо, що виняток із загального правила становлять норми про договір факторингу – до цього договору норми про відступлення права вимоги застосовуються субсидіарно.

Механізми відступлення права вимоги (цесії)

Як уже зазначалося, законодавець закріпив як загальне правило можливість відступлення прав зобов'язальних прав вимоги. Водночас вивчення правової природи відступлення прав вимоги дозволило об-ґрунтувати висновок про те, що права вимоги відступаються не за так

званим «договором цесії», а в межах існуючих моделей цивільно-правових договорів. Як такі договори використовуються, як правило, договори купівлі-продажу, дарування, міни, факторингу, а також інших непоіменованих договорів, які не суперечать цивільному законодавству України.

Під механізмами відступлення прав вимоги варто розуміти цивільно-правові конструкції, у межах яких первісний кредитор (цедент) відступає вимогу новому кредитору (цесіонарію). Зазначимо також, що такі цивільно-правові конструкції можна розглядати одночасно і як підстави відступлення прав вимоги, оскільки передача прав кредитора ґрунтується саме на цих конструкціях.

Як зазначав Д. І. Мейєр, придбання права з відчуження вбачається оплатним чи безоплатним, залежно від того, чи надає особа за придбання права еквівалент іншій особі, чи право набувається без еквівалента¹.

Наведене беззаперечне твердження відомого дореволюційного цивіліста одержало розвиток і в сучасній науці. Так, зокрема, у юридичній літературі існує думка, що оплатне відступлення права вимоги може розглядатися як різновид договору купівлі-продажу, а безоплатне – як дарування².

На наш погляд, таке твердження вимагає певного уточнення. Справа в тім, що в ЦК закріплена норма, відповідно до якої предметом купівлі-продажу може виступати право вимоги (ч. 2 ст. 656 ЦК України). При цьому положення про продаж майнових прав застосовуються до відносин відступлення прав вимоги, якщо інше не впливає зі змісту або характеру цих прав. На перший погляд вбачається очевидною колізія між двома правовими нормами. Однак, як справедливо вказує В. В. Вітрянський, будь-яке оплатне відступлення майнових прав (цесія) є продажем цих прав, а правила, що регулюють перехід прав кредитора, і, зокрема, відступлення прав вимоги, відображають зміст і характер відповідних майнових прав, а тому підлягають пріоритетному (стосовно загальних положень про купівлю-продаж това-

¹ Мейєр Д. И. Русское гражданское право : в 2 ч. Москва, 1997. Ч. 1. С. 240.

² Гражданское право : учебник / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Москва, 1999. Т.1. С. 522; Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Книга первая: Общие положения. Москва, 1999. С. 466–467; Спасибо-Фатеева И. В. Правовая природа цессии. *Предпринимательство, хозяйство и право*. 1998. № 11.

рів) застосуванню¹. У цьому випадку справедливо говорити про використання законодавцем юридико-технічного прийому, сутність якого зводиться до часткового запозичення юридичної конструкції, яка застосовується для передачі права власності на речі.

Подібну позицію підтримував і Д. І. Мейер, обґрунтовуючи неможливість безумовного застосування норм про купівлю-продаж до відступлення права за зобов'язанням тією обставиною, що норми про купівлю-продаж мають на увазі перехід права власності, а не права на чужу дію².

Таким чином, викладене дозволяє зробити висновок про таку ієрархію цивільно-правових норм, застосовуваних до оплатного відступлення права вимоги: у повному обсязі застосовуються норми ЦК про відступлення права вимоги й лише субсидіарно – норми про купівлю-продаж. Якщо ж перераховані вище норми не дозволяють повністю врегулювати відносини щодо передачі вимоги, застосовуються загальні положення про договір, загальні положення про зобов'язання і так далі аж до загальних принципів і змісту цивільного законодавства.

Варто також проаналізувати безоплатне відступлення права вимоги за моделлю договору дарування.

У зв'язку з даруванням майнових прав слід зазначити, що законодавець використав для правового регулювання таких відносин схему, аналогічну способу регулювання оплатного відступлення права вимоги. Слід зазначити, що норма про предмет договору дарування (ч. 2 ст. 718 ЦК України) містить пряму вказівку на те, що дарунком можуть бути майнові права, якими дарувальник володіє або які можуть виникнути у нього в майбутньому.

У цій ситуації виникає необхідність визначити, чи підлягають пріоритетному застосуванню до дарування прав норми про відступлення права вимоги.

У літературі зазначається, що стосовно договору дарування відступлення права вимоги являє собою юридико-технічний засіб, за допомогою якого дарувальник виконує дії, що становлять предмет

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Книга вторая: Договоры о передаче имущества. Москва, 2000. С. 17.

² Мейер Д. И. Русское гражданское право : в 2 ч. Москва, 1997. Ч. 2. С. 116. Зазначимо також, що Д. І. Мейер під правом на чужу дію розумів саме зобов'язальне право вимоги, яке випливає із запропонованого ним визначення зобов'язання (див.: Мейер Д. И. Русское гражданское право : в 2 ч. Москва, 1997. Ч. 2. С. 106).

договору дарування¹, тобто в нашому випадку безоплатно передає майнові права.

Цікавим вбачається вирішення питання про форму договору дарування права вимоги. Так, відповідно до ч. 3 ст. 719 ЦК України договір дарування майнового права повинен бути укладений в письмовій формі – причому у випадку недотримання письмової форми такий договір є нікчемним.

Необхідно зазначити, що чинному ЦК України (на відміну від ЦК 1964 р.) закріплена можливість укладення не тільки реального договору дарування, але і консенсуального договору дарування (коли дарувальник зобов'язується передати дарунок у майбутньому).

Вбачається доцільним проведення аналізу впливу цього положення на безоплатну передачу прав.

На нашу думку, договір дарування прав вимоги може мати як реальний характер, так і консенсуальний. Момент переходу права вимоги від цедента до цесіонарія в цьому випадку буде визначатися в договорі дарування. На наш погляд, у законі не міститься жодних перешкод для переходу прав за договором дарування як у момент укладення договору, так і в будь-який інший момент, про який домовилися сторони.

Щодо форми договору дарування слід зазначити, що у ст. 719 ЦК України прямо закріплена необхідність дотримання письмової форми для договору дарування (як реального, так і консенсуального). Крім того, договір дарування як механізм передачі права вимоги за своєю формою має бути укладений у письмовій формі.

Норми ЦК України про дарування містять деякі додаткові обмеження безоплатного відступлення права вимоги. Слід звернути увагу передусім, що найбільш істотною вбачається новела, закріплена у ч. 3 ст. 720 ЦК України, згідно із якою підприємницькі товариства можуть укладати договір дарування між собою, якщо право здійснювати дарування прямо встановлене установчим документом дарувальника. Це положення не поширюється на право юридичної особи укладати договір пожертви.

Викладене дозволяє зробити такі висновки. Згідно з положеннями ЦК України норми про дарування застосовуються до безоплатного відступлення права вимоги, якщо інше не передбачено загальними правилами про відступлення права вимоги. Отже, до безоплатного

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Книга вторая: Договоры о передаче имущества. Москва, 2000. С. 342.

відступлення права вимоги (дарування вимоги) норми ЦК України про дарування застосовуються лише субсидіарно.

Особливої уваги заслуговують положення ЦК України про договір факторингу, у якому права вимоги становлять спеціальний предмет.

Насамперед звернемося до легального визначення договору факторингу (ч. 1 ст. 1077 ЦК України), за яким одна сторона (фактор) передає або зобов'язується передати грошові кошти в розпорядження другої сторони (клієнта) за плату (у будь-який передбачений договором спосіб), а клієнт відступає або зобов'язується відступити факторові своє право грошової вимоги до третьої особи (боржника).

На формування інституту факторингу в національній правовій системі значно вплинула існуюча міжнародна практика і, як результат її узагальнення, Конвенція УНІДРУА з міжнародних факторних операцій (Оттава, 1988 р.)¹.

Щодо історії розвитку договору факторингу слід зазначити, що в літературі переважає точка зору про те, що історичні корені цього інституту заглиблюються у далеке минуле. Так, наприклад, О. С. Комаров стверджує, що ще в Месопотамії в третьому тисячолітті до нашої ери можна було зустріти відносини між діловими людьми, що полягають в одному із сучасних видів фінансування, яке в сучасному цивільному праві отримало назву факторинг². Виникнення факторингу в сучасному вигляді належать до XVIII ст. і пов'язують з торговою практикою Англії з її американськими колоніями³. Дещо іншої думки дотримується Л. О. Новосолова, яка відносить виникнення факторингу до XII–XVI ст.⁴ Незважаючи на деякі розбіжності в позиціях, обґрунтованим вбачається висновок про наявність значного історичного досвіду в практиці застосування договору факторингу.

Розглянемо основні елементи договору факторингу, до яких необхідно віднести предмет договору, його суб'єктів, зміст договору, основні обов'язки сторін, відповідальність за порушення договору.

¹ Оскільки Україна не є учасником цієї Конвенції, то вона не має самостійного правового значення для регулювання відносин факторингу в Україні.

² Комаров А. С. Финансирование под уступку денежного требования (гл. 43): Гражданский кодекс России: Часть вторая: Договоры и другие обязательства (текст проекта, комментарии, проблемы). Москва, 1995. С. 305.

³ Гражданское право: Часть 2: Обязательственное право / под ред. В. В. Залесского. Москва, 1998. С. 355–366.

⁴ Новосолова Л. А. Финансирование под уступку денежного требования. *Вестник Высшего арбитраж. суда Рос. Федерации*. 2000. № 11.

Матеріальний предмет договору факторингу становлять грошові вимоги клієнта до третьої особи, що випливають з надання товарів, виконання ним робіт чи надання послуг третій особі. При цьому законодавець особливо підкреслює, що грошові вимоги можуть бути як існуючими, тобто такими, за якими вже наступив термін платежу, так і майбутніми, тобто такими, термін платежу за якими наступить у майбутньому.

Юридичним предметом договору факторингу є дії сторін – надання фінансування під відступлення права грошової вимоги. В. В. Луць справедливо зазначає, що факторинг є універсальною системою фінансового обслуговування клієнтів¹. Як правило, за договором факторингу фактор не тільки надає фінансування, але й пов'язані з цим різноманітні фінансові послуги, насамперед із ведення бухгалтерського обліку й пред'явлення до оплати рахунків по грошових вимогах, що надходять². При цьому підкреслимо, що звичайно договір факторингу є триваючим договором, свого роду факторинговим обслуговуванням, оскільки при однократності такого фінансування істотно знижується позитивний ефект у результаті використання конструкції факторингу³.

Певні особливості, пов'язані з предметом, характерні й для суб'єктного складу договору факторингу. Стосовно фінансового агента законодавець вказує, що таким може виступати банк й інша організація, яка може здійснювати банківські операції. Очевидно, що такі вимоги до фактора продиктовані специфікою його договірних обов'язків у факторингових відносинах. При цьому спеціальних вимог до клієнта ЦК України не містить. Водночас у світовій практиці клієнтом у факторингових операціях виступають, як правило, комерційні юридичні особи, а також фізичні особи – підприємці, оскільки факторинг, як уже зазначалося, є найбільш зручним способом усунення дефіциту обігових коштів для таких учасників підприємницького обороту. Фізичні особи

¹ Луць В. В. Контракти у підприємницькій діяльності : навч. посіб. Київ, 1999. С. 241.

² Гражданское право : учебник : в 2 т. / отв. ред. Е. А. Суханов. Москва, 2000. Т. II. Полутом 2. С. 231. Див. також: Правовое регулирование банковской деятельности / под ред. Е. А. Суханова. Москва, 1997. С. 81.

³ Вважаємо за доцільне зазначити, що сучасне регулювання факторингових відносин не дозволяє провести чітку диференціацію загального інституту цесії в рамках факторингових відносин, оскільки фактично положення ЦК про факторинг не закріплюють якихось специфічних ознак такого договору. На відміну від згаданої Конвенції УНІДРУА, надання фактором додаткових послуг клієнту має факультативний характер.

(за винятком підприємців), як правило, передають свої вимоги в межах договору купівлі-продажу прав вимоги.

ЦК України містить низку правових норм, що виділяють договір факторингу серед інших договорів про відступлення права вимоги. Як уже зазначалося, клієнту прямо надана можливість відступити фактору майбутню вимогу (ст. 1078 ЦК України), що, на нашу думку, пов'язано з вимогами сучасного комерційного обороту. Клієнт також наділений правом відступити вимогу й у тих випадках, коли відступлення права вимоги заборонено чи обмежено умовами договору між клієнтом і третіми особами (ст. 1080 ЦК України). Водночас з метою захисту інтересів третіх осіб, що порушуються таким відступленням, клієнт несе відповідальність перед боржником за порушення договірної умови, тобто має відшкодувати пов'язані з цим збитки.

Крім того, законодавець установив як загальне правило неприпустимість наступного відступлення права грошової вимоги, придбаной на підставі договору факторингу. Однак з огляду на диспозитивний характер цього правила сторони можуть виключити його дію, передбачивши можливість відступлення права вимоги в договорі факторингу (ст. 1083 ЦК України).

Значимо також, що ЦК України встановлює й деякі інші особливості договору факторингу. Зокрема, клієнт (як і цедент) відповідає перед фактором лише за дійсність вимоги, що відступається. Однак ст. 1081 ЦК України пов'язує дійсність вимоги з наявністю двох обставин: по перше, клієнт повинен мати право на передачу грошової вимоги, а по друге, клієнту в момент відступлення не відомі обставини, внаслідок яких боржник вправі не виконувати цю вимогу. Таким чином, на фактора покладено додатковий ризик. При цьому зазначимо, що договором можуть бути передбачені й інші умови відповідальності клієнта.

Викладене дозволяє зробити висновок про те, що за своєю природою договір факторингу становить своєрідне поєднання кредитного договору (надання фінансування) і договору з надання послуг. До договору факторингу можуть субсидіарно застосовуватися норми ЦК про відступлення права вимоги, якщо в цьому виникає необхідність (прогалини в регулюванні факторингових відносин) і при цьому норми про відступлення права вимоги не суперечать суті правовідносин, що склалися між сторонами в межах договору факторингу.

На особливу увагу заслуговує положення абз. 2 ч. 1 ст. 1077 ЦК України про те, що грошова вимога до боржника може бути відступлена клієнтом фактору також з метою забезпечення виконання зобов'язання клієнта перед фактором. Вочевидь, ця норма стала логічним продовженням положень ЦК про забезпечення виконання зобов'язань, відповідно до яких законодавець фактично відмовився від використання вичерпного переліку забезпечувальних зобов'язань.

Як було зазначено, відступлення права вимоги з метою забезпечення виконання зобов'язання в англо-американській правовій системі розглядається як фідучіарна цесія (від лат. *Fides* – довіра, віра).

Українське цивільне право в цьому випадку дозволяє вести мову щодо договору про відступлення права вимоги, який укладено під умовою. Як відомо, умова може бути або відкладальною (сторони поставили виникнення прав і обов'язків у залежність від обставини, про яку невідомо, наступить вона чи не наступить), або скасувальною (сторони поставили припинення прав і обов'язків у залежність від обставини, щодо якої невідомо, наступить вона чи не наступить). З огляду на практичну неможливість навіть для боржника визначити, чи зможе він виконати зобов'язання у встановлений договором термін, у такій ситуації подібні умови можна розглядати як такі умови, про які не відомо, чи наступлять вони в майбутньому чи ні. Такого роду умови варто розглядати як мотив правочину¹, що буде стимулювати боржника до належного виконання зобов'язання.

Відступлення права вимоги для забезпечення виконання зобов'язання може бути здійснено за договором як з відкладальною, так і з скасувальною умовою. Безсумнівно, що при відступленні права вимоги під скасувальною умовою ступінь довіри цедента цесіонарію відіграє значну роль – адже передача вимоги здійснюється вже в момент укладення договору про відступлення, крім того, коли цедент виконає своє зобов'язання, цесіонарій повинен буде повернути передану йому вимогу за допомогою укладення нового правочину.

Крім того, немає перешкод для встановлення договірної умови про забезпечувальне відступлення права вимоги, коли на кредитора покладається обов'язок не реалізовувати отримане як забезпечення право вимоги доти, доки боржник, наприклад, не прострочить виконання основного зобов'язання.

¹ Гражданское право : учебник : в 2 т. / отв. ред. Е. А. Суханов. Москва, 1998. Т. I. С. 338.

Зазначимо також, що істотне значення має визначення співвідношення фідучіарної цесії з нормами ЦК України про заставу прав.

З огляду на допустимість використання різних способів забезпечення виконання зобов'язань, у тому числі й не названих як такі у главі ЦК України про забезпечення виконання зобов'язань, законодавець надав учасникам цивільного обороту право самостійно обирати спосіб забезпечення виконання зобов'язання. Іншими словами, сторони договору мають право вибрати як заставу прав, так і фідучіарну цесію.

Зазначимо, що законом пред'являється ціла низка вимог до застави прав, крім того, процес реалізації заставлених прав також становить досить складну багаторівневу процедуру. Однак і «міцність» цього способу забезпечення значно вища, ніж забезпечувальна сила фідучіарної цесії, що компенсується простішим способом її реалізації – право вимоги просто переходить до кредитора-цесіонарія (чи залишається в нього).

Надання учасникам цивільного обороту такої можливості вибору своєї поведінки цілком відповідає загальним принципам цивільного права (свобода договору, диспозитивність та ін.).

З огляду на викладене обґрунтованим вбачається висновок про можливість використання відступлення права вимоги як способу забезпечення виконання зобов'язання при дотриманні таких умов: по-перше, таке відступлення права повинне мати акцесорний щодо основного зобов'язання характер; по-друге, відступлення права вимоги має стимулювати боржника (цедента) до належного виконання основного зобов'язання; по-третє, відступлене право вимоги повинне становити цінність для кредитора.

6.3. Договори про заміну боржника (переведення боргу)

ЦК України встановлює можливість заміни не тільки кредитора, але й боржника. Однак, на відміну від кредитора, боржник може бути замінений виключно за згодою кредитора (ст. 520 ЦК України).

Необхідність отримання згоди кредитора на переведення боргу зумовлена тим, що особа боржника завжди має істотне значення для кредитора.

Водночас дія правила про необхідність отримання згоди кредитора на переведення боргу поширюється виключно на випадки, коли переведення боргу здійснюється на підставі правочину. У разі якщо переведення боргу здійснюється з інших підстав, зокрема при спадкуванні, заміна боржника здійснюється незалежно від волі кредитора.

Наслідком переведення боргу за правочином без згоди кредитора є недійсність такого правочину.

Заміна боржника у певних зобов'язаннях є можливою виключно за умов, якщо у нового боржника є право- та дієздатність, необхідна для виконання обов'язку первісного боржника. Це стосується зобов'язань, які передбачають виконання обов'язків, що становлять ліцензовану діяльність. Перелік таких видів діяльності встановлено ст. 9 Закону про ліцензування певних видів господарської діяльності.

Ураховуючи, що за своїм характером правочин про заміну боржника є схожим із правочином про заміну кредитора, ЦК визначає єдині правила щодо форми цих правочинів, як передбачено у ст. 521 ЦК України.

Слід зауважити, що переведення боргу на нового боржника, так само як і заміна кредитора, є внутрішньою зміною у зобов'язанні, а тому заміна особи, боржника не впливає на обсяг його прав та обов'язків як сторони у зобов'язанні. За таких умов, а також з метою недопущення погіршення правового становища боржника у зобов'язанні законодавець встановлює правило про те, що новий боржник вправі висувати проти вимоги кредитора усі заперечення, які мав первісний боржник. Водночас новий боржник вправі висувати проти вимоги боржника заперечення, які ґрунтуються на його власних відносинах із кредитором, зокрема заявити про зарахування зустрічних вимог (статті 601, 603 ЦК України).

ЦК України передбачає спеціальні правила про частку акцесорних зобов'язань (зокрема, поруки, застави) у випадку переведення боргу.

Так, якщо зобов'язання первісного боржника забезпечене додатковими способами (порукою, заставою) у разі переведення боргу поручитель або майновий поручитель повинен надати згоду на забезпечен-

ня зобов'язання нового боржника. В іншому випадку, тобто коли така згода не отримана, таке забезпечувальне зобов'язання припиняється на підставі ч. 1 ст. 523 ЦК України. Аналогічна підстава для припинення поруки міститься у ч. 3 ст. 559 ЦК України.

Вбачається, що встановлення зазначених норм про припинення поруки та застави зумовлено істотним значенням особи боржника для поручителя (майнового поручителя), який забезпечує своїм майном виконання зобов'язання боржником.

У свою чергу, законодавець не визначив заміну боржника без згоди гаранта як підставу для припинення гарантії.

Водночас застава, встановлена первісним боржником для забезпечення виконання основного зобов'язання, зберігається й при заміні боржника, якщо інше не встановлено договором або законом. У такій ситуації первісний боржник буде виступати як майновий поручитель нового боржника.

ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ В СФЕРІ КОРПОРАТИВНИХ ВІДНОСИН

7.1. Засновницькі договори господарських товариств

У механізмі правового регулювання корпоративних відносин серед юридичних фактів, що призводять до виникнення, зміни або припинення цих відносин, вагоме місце займають договори (засновницький, реорганізаційний, корпоративний, медіаційний тощо), договори про розпорядження корпоративними правами (купівля-продаж, міна, дарування, довічне утримання (догляд), спадковий договір тощо). З-поміж названих договорів особливої уваги заслуговують договори про заснування господарських товариств як основної ланки в економічній системі України.

Питань щодо сутності, змісту та функцій засновницьких договорів тією чи іншою мірою торкалися у своїх наукових дослідженнях чимало авторів (О. А. Беляневич, О. В. Бігняк, В. А. Васильєва, О. М. Вінник, А. С. Довгерт, Ю. М. Жорнокуй, А. В. Зеліско, В. М. Коссак, І. В. Лукач, В. П. Петренко, І. Б. Саракун, Л. В. Сіщук, І. В. Спасибо-Фатєєва, А. С. Удовиченко, В. С. Щербина та ін.). Серед останніх колективних та індивідуальних монографій з проблем корпоративного права і, зокрема, засновницького договору можна назвати: Корпоративне право України: проблеми теорії та практики : монографія / за заг. ред. В. А. Васильєвої. Харків : Право, 2018; Харьковская цивилистическая школа: о договоре : монография / под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков : Право, 2017; Беляневич О. А., М'який А. В. Корпоративне управління за законодавством України: теоретико-прикладні проблеми. Київ, 2017; Жорнокуй Ю. М. Корпоративні конфлікти в акціонерних товариствах: цивільно-правовий аспект : монографія. Харків, 2015; Бігняк О. В. Захист корпоративних прав: проблеми теорії і практики : монографія. Одеса : Юрид. літ., 2018.

Мета цього дослідження полягає у з'ясуванні особливостей у регулюванні засновницьких договорів у зв'язку зі змінами у корпоративному законодавстві, зокрема, прийняттям Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», а також з огляду на завдання з рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України у найближчій перспективі.

За чинним законодавством України товариством є організація, створена шляхом об'єднання осіб (учасників), які мають право участі в цьому товаристві. Товариства, які здійснюють підприємницьку діяльність з метою одержання прибутку та наступного його розподілу між учасниками (підприємницькі товариства), можуть бути створені лише як господарські товариства (повне, командитне, товариство з обмеженою або додатковою відповідальністю, акціонерне) або як виробничий кооператив. Господарським товариством є юридична особа, статутний (складений) капітал якої поділений на частки між учасниками (ст. 84, ч. 1 ст. 113 ЦК України)¹. А. В. Зеліско називає їх «підприємницькими юридичними особами приватного права», включаючи до їх числа також фермерські господарства². Господарські товариства як юридичні особи приватного права створюються з метою задоволення приватних інтересів як самих товариств, так і їх учасників.

Засновниками господарських товариств можуть бути фізичні та юридичні особи, а щодо акціонерних товариств – і держава в особі органу, уповноваженого управляти державним майном, а також територіальна громада в особі органу, уповноваженого управляти комунальним майном. Передумовою їхньої участі у засновницьких відносинах є корпоративна правосуб'єктність як складова цивільної правосуб'єктності (правоздатності, дієздатності, деліктоздатності тощо).

Законом може бути встановлено обмеження щодо участі певних осіб у господарських товариствах. Так, не може бути учасником повного товариства особа, яка є учасником іншого повного товариства (ч. 2 ст. 119 ЦК України). Господарське товариство, крім повного і командитного, може бути створене однією особою, яка стає його єдиним учасником (ч. 2 ст. 114 ЦК України). Якщо, наприклад, у результаті

¹ Цивільний кодекс України : від 16.01.2003 №435-IV. *Відом. Верхов. Ради України*. 2003. №40–44. Ст. 356.

² Зеліско А. В. Підприємницькі юридичні особи приватного права як суб'єкти цивільних правовідносин : монографія. Івано-Франківськ : Прикарпат. нац. ун-т ім. В. Стефаника, 2016.

виходу учасників з повного товариства, з власної ініціативи, чи виключення із складу учасників у товаристві залишається один учасник, він має право протягом шести місяців з моменту, коли він став єдиним учасником товариства, перетворити його в інше господарське товариство у порядку, встановленому законом (ч. 2 ст. 132 ЦК України). В іншому разі повне товариство підлягає ліквідації.

Заснування господарських товариств як суб'єктів корпоративних відносин і юридичних осіб приватного права здійснюється в порядку, визнаному законом. Цей порядок встановлений, зокрема, у статтях 87–89 ЦК України, статтях 56–58 ГК України¹, законах України: «Про господарські товариства», «Про акціонерні товариства», «Про товариства з обмеженою і додатковою відповідальністю», «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців і громадських формувань» та інших нормативно-правових актах.

Для створення юридичної особи її засновники (учасники) розробляють установчі документи, якими для господарських товариств є затверджений учасниками статут або засновницький договір, якщо інше не встановлене договором. За чинним законодавством установчими документами акціонерного товариства та товариства з обмеженою або додатковою відповідальністю є їхні статuti, а установчими документами повного і командитного товариств – засновницькі договори.

Проте і при заснуванні товариства шляхом погодження і затвердження його статуту не виключена можливість засновників акціонерного товариства і товариства з обмеженою чи додатковою відповідальністю укласти між собою засновницький договір. Так, відповідно до ст. 10 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», якщо товариство створюється кількома особами, такі особи в разі необхідності визначення взаємовідносин між ними можуть укласти договір про створення товариства у письмовій формі. Таким договором можуть установлюватись порядок заснування товариства, умови здійснення спільної діяльності щодо його створення, розмір статутного капіталу, частка в статутному капіталі кожного з учасників, строки і порядок внесення вкладів та інші умови. Договір про створення товариства діє до дня державної реєстрації товариства, якщо інше не встановлено договором.

¹ Господарський кодекс України : від 16.01.2003 №436-IV. *Відом. Верхов. Ради України*. 2003. №18, 19–20, №21–22. Ст. 144.

Складною є процедура заснування акціонерного товариства. Відповідно до ч. 5 ст. 9 Закону України «Про акціонерні товариства» створення цього товариства здійснюється за такими етапами: 1) прийняття зборами засновників рішення про створення товариства та про закрите (приватне) розміщення акцій; 2) подання заяви та всіх необхідних документів на реєстрацію випуску акцій до Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку; 3) реєстрація Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку випуску акцій та видача тимчасового свідоцтва про реєстрацію випуску акцій; 4) присвоєння акціям міжнародного ідентифікаційного номера цінних паперів; 5) укладення з депозитарієм цінних паперів договору про обслуговування емісії випуску акцій або з реєстратором іменних цінних паперів; 6) закрите (приватне) розміщення акцій серед засновників товариства; 7) оплата засновниками повної вартості акцій; 8) затвердження установчими зборами товариства результатів закритого (приватного) розміщення акцій серед засновників, затвердження статуту товариства, а також прийняття інших рішень, передбачених законом; 9) реєстрація товариства та його статуту в органах державної реєстрації; 10) подання Національній комісії з цінних паперів та фондового ринку звіту про результати закритого (приватного) розміщення акцій; 11) реєстрація Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку звіту про результати закритого (приватного) розміщення акцій; 12) отримання свідоцтва про державну реєстрацію випуску акцій; 13) видача засновникам товариства документів, що підтверджують право власності на акції.

Попри існуючу складну процедуру створення акціонерного товариства засновниками може укладатися і засновницький договір, у якому визначається порядок спільної діяльності щодо створення товариства, кількість, тип і клас акцій, що підлягають придбанню кожним засновником, номінальна вартість і вартість придбання цих акцій, строк дії договору. Для створення акціонерного товариства засновники повинні здійснити закрите (приватне) розміщення його акцій, провести установчі збори та здійснити державну реєстрацію акціонерного товариства.

Функції та зміст засновницького договору залежать від організаційно-правової форми тих утворень, що формуються засновниками і діють як суб'єкти господарювання. За наявності деяких основних спільних ознак засновницьких договорів господарських товариств (зобов'язання учасників створити товариство, порядок їх спільної ді-

яльності щодо його створення, передання товариству майна учасників (ч. 2 ст. 88 ЦК України, ч. 3 ст. 57 ГК України) у законодавстві можуть передбачатися і певні особливості стосовно засновницьких договорів окремих товариств. Так, засновницький договір повного товариства, крім відомостей, передбачених ст. 88 ЦК України, має містити відомості про розмір та склад складеного капіталу товариства, розмір та порядок зміни часток кожного з учасників у складеному капіталі, сукупний розмір вкладів вкладників (ч. 2 ст. 134 ЦК України).

Особливість засновницького договору повного чи командитного товариств полягає ще й у тому, що він не лише регулює взаємовідносини засновників за спільною їх діяльністю щодо створення юридичної особи та наділення її майном, але й визначає правовий статус цих товариств як суб'єктів корпоративних правовідносин. Цим обумовлені і строки дії засновницьких договорів: договори повного і командитного товариств діють упродовж усього часу існування та діяльності цих товариств; договори товариств з обмеженою або додатковою відповідальністю діють до дня державної реєстрації цих товариств, якщо інше не встановлено договором або не впливає із суті зобов'язання; договір акціонерного товариства – до дати реєстрації Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку звіту про результати закритого (приватного) розміщення акцій.

Т. І. Бровченко, умовно розділивши засновницькі договори господарських товариств на два види: 1) повні та командитні товариства; 2) акціонерні та товариства з обмеженою і додатковою відповідальністю), відмінності між ними вбачає також в тому, що договір першого виду породжує відносини спільної власності; засновницький договір як установчий документ для товариств другого виду є підставою набуття права власності товариством. З укладенням першого виду засновницького договору його учасники не здійснюють підприємницьку діяльність, а сторони засновницького договору другого виду таку діяльність здійснюють спільно.

Останнє твердження викликає сумнів, бо й повні учасники повних і командитних товариств як юридичних осіб приватного права після державної реєстрації здійснюють підприємницьку діяльність спільно у рамках уже створеного товариства¹.

¹ Бровченко Т. І. Установчі документи юридичних осіб за законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків : Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, 2015. С. 11.

Права та обов'язки учасників, що виникають із засновницького договору до дня державної реєстрації товариства, в літературі здебільшого оцінюються як зобов'язальні. У зв'язку з цим виникає питання щодо відповідальності засновників за зобов'язаннями, що виникли до державної реєстрації товариства. Це питання врегульоване в акціонерному законодавстві. Так, відповідно до ст. 12 Закону України «Про акціонерні товариства» засновники акціонерного товариства несуть солідарну відповідальність за пов'язаними з його заснуванням зобов'язаннями, що виникли до його державної реєстрації. Акціонерне товариство відповідає за такими зобов'язаннями засновників тільки у разі схвалення їх дій загальними зборами акціонерів, які мають бути проведені протягом шести місяців після державної реєстрації товариства. Інформація про такі зобов'язання товариства має бути відображена у статуті товариства.

Подібного правила немає в нормативно-правових актах щодо засновницьких договорів інших господарських товариств (з обмеженою чи додатковою відповідальністю, повних і командитних), що можна розглядати як певну прогалину в корпоративному законодавстві.

Як відомо, командитним вважається товариство, в якому разом з учасниками, які здійснюють від імені товариства підприємницьку діяльність і солідарно несуть додаткову (субсидіарну) відповідальність за зобов'язаннями товариства усім своїм майном (повними учасниками), є один чи кілька учасників (вкладників), які несуть ризик збитків, пов'язаних із діяльністю товариства, у межах сум зроблених ними вкладів та не беруть участі в діяльності товариства (ч. 1 ст. 133 ЦК України).

Хоча вкладники не беруть участі у здійсненні підприємницької діяльності командитного товариства і не підписують засновницький договір при створенні товариства, однак з цього договору для них виникають суб'єктивні права та обов'язки: право одержувати частину прибутку товариства відповідно до його частки у складеному капіталі товариства, вимагати позачергового повернення вкладу в разі ліквідації товариства тощо (ч. 2 ст. 137 ЦК України) і обов'язок зробити вклад до складеного капіталу, що посвідчується свідоцтвом про участь у командитному товаристві (ч. 1 ст. 137 ЦК України). Відносини, що складаються на стадії укладення засновницького договору командитного товариства та формування складеного капіталу з участю вкладників, мають зобов'язальний характер і ґрунтуються на домовленостях (договорах) між повними учасниками і вкладниками, оскільки самого товариства як юридичної особи до дня державної реєстрації ще не існує.

Тому слушною є думка про те, що не можна виключити той факт, що вкладники (кожен із них) укладають договір з повними учасниками, адже інакше (якби не було відомостей про вкладників, а тому – про узгодження з ними внесення вкладів) командитне товариство не було б створене. А якщо таке погодження досягається до його створення, то це означає відсутність іншого варіанта, аніж домовленість вкладників з повними учасниками на цьому етапі¹.

Правова природа засновницького договору неоднозначно оцінюється дослідниками цього правового феномену. Більшість із них схиляється до думки про цивілістичну сутність засновницького договору, вважаючи його різновидом договору про спільну діяльність².

На думку А. С. Довгерта, розрізняються дві основні організаційно-правові форми та два основні види зобов'язань за спільною діяльністю. По-перше, учасники можуть обрати організаційно-правову форму їх спільної діяльності, що не передбачає створення юридичної особи. У цьому разі відносини, що виникають між учасниками, оформляються договором про спільну діяльність, який є юридичним фактом або підставою виникнення зобов'язання за спільною діяльністю і містить усі істотні та інші умови взаємовідносин сторін. По-друге, спільна діяльність учасників може бути спрямована на здійснення співробітництва у межах самостійності суб'єкта права – юридичної особи. Тут відповідно до вимог, що пред'являються до даного виду спільної діяльності, учасникам необхідно укласти установчий договір, який не тільки регулює їх спільну діяльність, а й визначає правовий статус створеної ними для цієї мети юридичної особи³.

Але є й інша позиція в цьому питанні, коли проводиться відмежування засновницького договору від договору про спільну діяльність. Зокрема, Н. О. Санахметова основну відмінність установчого договору від цивільно-правових договорів, які діють у сфері підприємництва, вбачала в тому, що установчий договір укладається з метою об'єднання його сторін (засновників) у певну організаційно-правову форму суб'єкта

¹ Жорнокуй Ю. М., Спасибо-Фатеева И. В. Договоры по созданию хозяйственных обществ: Харьковская цивилистическая школа. О договоре / под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков : Право, 2017.

² Косак В. М. Іноземні інвестиції в Україні: цивільно-правовий аспект : монографія. Львів, 1996; Зеліско А. В. Підприємницькі юридичні особи приватного права як суб'єкти цивільних правовідносин : монографія. Івано-Франківськ, 2016.

³ Довгерт А. С. Спільна діяльність. Цивільне право : підручник. Київ, 1996.

підприємництва, у той час як цивільно-правові договори – на опосередкування не організацій, а реалізації підприємницької діяльності¹.

Безумовно, засновницький договір, визнаючи порядок здійснення засновниками діяльності щодо створення товариства як юридичної особи, містить умови організаційного характеру. Але в ньому визначаються й умови щодо передання майна товариству, зокрема розмір, склад і строки внесення вкладів у статутний чи складений капітал товариства, тобто обов'язки майнового характеру. Аналіз мети і змісту засновницьких договорів дозволяє розглядати їх як цивільно-правові договори, зокрема як окремі види договорів про спільну діяльність².

Як вважають Ю. М. Жорнокуй та І. В. Спасибо-Фатеева, засновницькі договори можна віднести до договорів про спільну діяльність, але в них буде досить багато особливостей. Це і виникнення юридичної особи як наслідок укладення засновницького договору, і визначення засновницьких договорів установчими документами, а згодом – підставою діяльності не лише сторін договору, але й створюваної ними юридичної особи, і правовий режим майна³.

Заснування господарського товариства завершується його державною реєстрацією. Виникає новий суб'єкт права – господарська організація, відносини якої із засновниками (учасниками) стають корпоративними. Відповідно до ст. 167 ГК України корпоративними є відносини, що виникають, змінюються або припиняються між господарською організацією та її учасниками і між самими учасниками щодо корпоративних прав, під якими розуміються права особи, частка якої визначається у статутному фонді (майні) господарської організації. Ці права включають правомочності особи в управлінні цією організацією, отримання певної частини прибутку (дивідендів) цієї організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами. Зміст корпоративних відносин становлять не лише корпоративні права, але й корпоративні обов'язки сторін у цих відносинах.

¹ Саниахметова Н. А. Учредительный договор. *Бизнес*. 1995. № 10.

² Луць В. В. Корпоративне право – підгалузь цивільного права України. Корпоративне право України: проблеми теорії та практики: монографія. Харків : Право, 2018.

³ Жорнокуй Ю. М., Спасибо-Фатеева И. В. Договоры по созданию хозяйственных обществ: Харьковская цивилистическая школа. О договоре / под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков : Право, 2017.

Отже, головна мета засновницького договору полягає в регулюванні діяльності засновників щодо створення господарського товариства, а зміст та функції цього договору залежать від організаційно-правової форми створюваного товариства.

7.2. Акціонерний договір: сучасні реалії та тенденції розвитку

Корпоративні правові зв'язки для української правової дійсності, порівняно з деякими іншими приватними правовідносинами, є новими та, з певною умовністю, недостатньо вивченими. Відповідний стан їх дослідження зумовлений декількома факторами як об'єктивного розвитку економічних та соціальних відносин, так і суб'єктивного сприйняття особливостей правового становища їх учасників. Першочергово слід зауважити, що група суспільних відносин, що отримали назву корпоративних, має своє походження з англо-саксонської правової сім'ї, що не повною мірою збігається з побудовою українського правового масиву, заснованого на романо-германській системі права. По-друге, суб'єктний склад відповідних правових зв'язків має власну специфіку (наприклад, співвідношення категорій «юридична особа» і «корпорація»). По-третє, особливі риси притаманні й сутності правових зв'язків між учасниками корпоративних правовідносин¹, що ґрунтуються на приватних засадах, проте мають значне пряме імперативне регулювання².

Одним з елементів диспозитивності у врегулюванні корпоративних правовідносин між акціонерами, що передбачений законодавством України, є акціонерний договір, який відповідно до ст. 26¹ Закону України «Про акціонерні товариства» іменується договором між акціонерами. Для корпоративного сектору відповідна договірна конструк-

¹ Наприклад, сьогодні актуальним та невирішеним питанням залишається проблематика визнання органів (посадових осіб) корпоративних організацій учасниками корпоративних правовідносин (особливо у контексті притягнення до майнової відповідальності) див.: Жорнокуй Ю. М. Окремі питання визнання членів органів акціонерного товариства учасниками корпоративного конфлікту. *Підприємництво, госп-во і право*. 2015. №9. С. 8–12.

² Бондарев Е. М. Окремі питання імперативності та диспозитивності регулювання акціонерних правовідносин. *Право і безпека*. 2019. №3. С. 72–76.

ція є новою, що, відповідно, зумовлює певні непорозуміння під час її застосування. Проте не лише прикладне використання такого договору містить проблематику, нестабільність чинного корпоративного законодавства – ось основний стрижень корпоративної проблематики. Нашвидкоруч прийнятий у 2008 р. Закон України «Про акціонерні товариства», яким вперше була введена відповідна договірна конструкція, без достатнього аналізу її сутності, напевне, більше «оголив» проблематику акціонерних правовідносин та їх правове забезпечення, ніж врегулював відповідні правові зв'язки.

Введення в обіг конструкції акціонерного договору без чіткого визначення меж її застосування зумовила низку проблем: 1) відповідність такого договору публічним засадам регулювання корпоративних відносин у рамках акціонерних товариств (далі – АТ) та можливість заміни цим договором положень законодавства та статуту товариства, а також 2) спірність положень ст. 26¹ Закону України «Про акціонерні товариства» щодо віднесення до предмета відповідного договору можливості здійснення прав на акції. Звісно, що лише вказаною проблематикою не вичерпуються питання аналізованого договору, але саме вони мають істотний вплив на розуміння сутності впливу на регулювання відносин між акціонерами, а також предметної визначеності характеристики правової природи такого зобов'язання¹.

Відповідність акціонерного договору публічним засадам регулювання корпоративних відносин в рамках АТ та можливість заміни цим договором положень законодавства та статуту товариства.

Одним із проблемних аспектів нормативного забезпечення корпоративних правовідносин у рамках АТ є вирішення питання переваги

¹ Зазначимо, що питання акціонерного договору неодноразово порушувалося нами на сторінках періодичних видань та під час обговорення на науково-практичних конференціях (див.: Zhornokui Yu., Burlaka O., Zhornokui V. Shareholders agreement: comparative and legal analysis of the legislation and legal doctrine of Ukraine, EU countries and USA. *Baltic Journal of Economic Studies*. 2018. Vol. 4, No. 2. P. 288–300; Жорнокуй Ю. М. Проблемні питання відповідальності сторін за акціонерним договором. *Новітні тенденції зобов'язального права (Матвеевські цивілістичні читання)*: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Київ, 26 жовт. 2018 р.). Київ: ТОВ «Білоцерків-друк», 2019. С. 90–95; Жорнокуй Ю. М. Питання визначення строку та ціни договору між акціонерами товариства за законодавством України та країн ЄС. *Гармонізація приватноправового законодавства України із законодавством країн ЄС*: зб. статей і тез ІХ міжнар. цивілістичного форуму (Харків, 11–12 квіт. 2019 р.). Київ: Знання України, 2019. С. 169–176 та ін.).

між диспозитивними чи імперативними засадами їх регулювання, що ґрунтується на різночитаннях у розуміння категорії «корпорація» за романо-германською (переважає розуміння її як реального існуючого суб'єкта – юридичної особи) та англосаксонською правовими сім'ями (переважно пріоритет віддається теорії уособлення та її різновидам (наприклад, теорії контрактів тощо)).

Встановлюючи пріоритетність диспозитивності чи імперативності регулювання конкретних правових зв'язків, слід зауважити, що у сфері приватного права, до якого належать і корпоративні правовідносини, основу становлять диспозитивні засади, що є похідними із ст. 1 ЦК України (юридична рівність суб'єктів, їх вільне волевиявлення та майнова самостійність). Проте сутність розуміння самої категорії «диспозитивність», за словами Н. С. Кузнецової, ще не до кінця є пізною¹.

У контексті досліджуваного питання актуалізується проблематика положень ст. 6 ЦК України, в якій була зроблена спроба відійти від традиційного підходу, за яким сторони у договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Тобто учасникам корпоративних правових зв'язків надається право самостійно врегулювати свої відносини у договорі, навіть у такому, що не передбачений законом. Це право обмежується прямими заборонами відступати від приписів актів законодавства або випадками, коли такий імператив є похідним зі змісту норм або сутності відносин між сторонами (ч. 3 ст. 6 ЦК України).

Таке правове явище, як акціонерний договір, було введено з метою посилення засад диспозитивності у «надто заімперативізованому», на думку окремих фахівців, корпоративному праві. Виходячи з положень акціонерного законодавства, таким договором можуть визначитися особливості здійснення його сторонами своїх *прав на акції* і (або) *прав, посвідчених акціями*, виходячи з обставин, які не врегульовані законодавством або статутом кожного АТ. З цієї точки зору акціонерний договір слід вважати регулятором корпоративних правовідносин.

¹ Кузнецова Н. С. Совершенствование механизма правового регулирования гражданских правоотношений. *Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвеевські цивілістичні читання)* : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 10 листоп. 2011 р.). Київ : Алерта, 2012. С. 49.

Однак відповідна договірна конструкція як регулятор правових зв'язків може створювати неузгодженості між імперативним та диспозитивним регулюванням корпоративних правовідносин, фактично підміняючи собою статут АТ. Відповідно й цивілістична спільнота у цьому питанні зайняла діаметрально протилежні позиції. На думку одних фахівців пріоритет має віддаватися диспозитивному регулюванню¹, тоді як інші наполягають на перевазі імперативності засад нормативного забезпечення корпоративних правовідносин². Остання група дослідників виходить з потреби обмеження загального цивілістичного принципу свободи договору, в рамках корпоративних правовідносин, що пов'язано з необхідністю захисту прав економічно слабких або економічно залежних сторін акціонерного договору, а також прав та інтересів тих акціонерів, які не беруть у ньому участі.

Отже, можна зазначити на існуванні двох базових підходів до розуміння ролі акціонерного договору у впливі на регулювання корпоративних правовідносин. За першим – такий договір не має підміняти собою положення законодавства та статуту товариства; за другим – він може встановлювати не лише зобов'язальні відносини, але й мати істотний вплив на внутрішні корпоративні правовідносини. Для виключення порушень і зловживань вчені, які підтримують перший підхід, вважають за необхідне при побудові моделі акціонерного договору у законодавстві використовувати конструкції «генетично» родинних правопорядків і від-

¹ Наприклад, надання суб'єктам корпоративних правовідносин можливості самостійно визначати моделі своєї поведінки, зокрема, при здійсненні належних їм корпоративних прав, по-перше, значно знизить рівень втручання держави в ту сферу корпоративних відносин, де її участь, так би мовити, є недоречною; по-друге, дозволить учасникам корпорації максимально ефективно здійснювати правомочності, що становлять зміст корпоративних прав, з урахуванням їхніх корпоративних інтересів; по-третє, заповнить існуючі у законодавстві прогалини (див.: Сигидин М. М. Корпоративний договір : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника. Івано-Франківськ, 2016. С. 91; Сигидин М. М. Особливості здійснення корпоративних прав через застосування правової конструкції корпоративного договору. *Корпоративне право України: проблеми теорії та практики* : монографія / за заг. ред. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ : Супрун В. П., 2017. С. 240.

² На думку Д. В. Ломакіна у корпоративних правовідносинах саморегулювання має відігравати допоміжну роль, а воля господарського товариства та воля окремих учасників не мають підміняти собою волю законодавця (див.: Ломакин Д. В. Основные тенденции развития современного законодательства о хозяйственных обществах. *Вестник Москов. ун-та. Серия 11. Право*. 2010. № 5. С. 27–45). З аналогічних засад виходить й Є. О. Суханов (див.: Суханов Е. А. Сравнительное корпоративное право. Москва : Статут, 2014. С. 214).

мовитися від рецепції тих інститутів, які є «чужорідними» нашій системі права¹. Таким родинним правопорядком пропонується визнавати німецьке цивільне право. Всупереч вказаному зазначено, що не слід поспішно робити висновків про можливість рецепції правових інститутів лише з «генетично родинних правопорядків»².

В юридичній літературі неодноразово зверталася увага на те, що очевидно є принципова суперечність принципу свободи договору основним постулатам корпоративного права³. Основним аргументом щодо пріоритетності імперативного нормативного забезпечення корпоративних правових зв'язків є те, що безмежна договірна свобода формування та ліквідації їх імперативного законодавчого регулювання стирає відмінності об'єднань осіб та об'єднань капіталів, одночасно усуваючи традиційний захист інтересів кредиторів та учасників корпорацій. Водночас широкий допуск до управління корпораціями третіх осіб, які не є їх учасниками, в кінцевому рахунку розмиває межі самих корпоративних відносин, позбавляючи їх будь-якої юридичної специфіки⁴. Як наслідок, рецепція з англо-американської правової сім'ї деяких положень у механізм регулювання акціонерних договорів проявляє деякий відхід від презумпції імперативності корпоративного законодавства, який багато у чому є характерним для країн романо-германської правової сім'ї⁵.

На думку іноземних фахівців, обов'язковими є імперативні норми законодавства та статуту товариства⁶. Інше питання, наскільки законо-

¹ Суханов Е. А. Уставный капитал хозяйственного общества в современном корпоративном праве. *Вестник граждан. права*. 2012. №2. С. 23–28.

² Бородкин В. Г. Гражданско-правовое регулирование корпоративного договора : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Рос. гос. ун-т правосудия. Москва, 2015. С. 19.

³ Бондарев Е. М. Окремі питання імперативності та диспозитивності регулювання акціонерних правовідносин. *Право і безпека*. 2019. №3. С. 72–76.

⁴ Суханов Е. А. Сравнительное корпоративное право. Москва : Статут, 2014. С. 214.

⁵ Иноземцев М. И. Ответственность сторон за нарушение акционерного соглашения по праву России и зарубежных государств : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Моск. гос. ин-т междунар. отношений (ун-т) М-ва иностран. дел РФ. Москва, 2017. С. 57.

⁶ FitzGerald S., Muth G. Shareholders' agreements. Fifth edition. Sweet & Maxwell. London, 2009. P. 5.

Наприклад у Німеччині: 1) акціонерні договори не можуть суперечити суспільній моралі, імперативним принципам корпоративного права (див.: Ода Х. Акционерные соглашения: осторожный шаг вперед. *Вестник граждан. права*. 2010. №1. С. 133); 2) недійсним буде визнано акціонерний договір, яким сторони зобов'язали себе провести заходи з управління товариством, оскільки це прерогатива правління (див.: Степанов Д. И., Фогель В. А., Шрамм Х. И. Корпоративный договор: подходы российского и немецкого права к отдельным вопросам регулирования. *Вестник Высш. арбитраж. суда Рос. Федерации*. 2012. №10. С. 30.

давство допускає регулювання корпоративних відносин за допомогою договірних конструкцій, тобто якими є межі використання договорів при регулюванні корпоративних правових зв'язків.

Слід погодитися з твердженням, за яким корпоративне право не може й не має регулюватися лише на основі диспозитивного методу. Законодавець, ухвалюючи закон, зобов'язаний шляхом закріплення імперативних норм досягати публічнозначущу мету. Акціонерний договір не може регулювати ті суспільні відносини, які імперативно регламентовані законодавством. Він має відповідати вимогам ЦК України, Закону України «Про акціонерні товариства», а також підзаконним актам, прийнятим у їх деталізацію¹.

Укладаючи акціонерний договір сторони мають брати до уваги: 1) загальні обмеження свободи договору (дотримання законодавчих імперативних норм; не порушувати права акціонерів конкретного АТ і третіх осіб; заборона звільнення від відповідальності його сторін); 2) спеціальні обмеження свободи договору (наприклад, заборона в такому договорі зобов'язувати його сторони голосувати відповідно до вказівок органів товариства тощо). При цьому якщо акціонерний договір не суперечить зазначеним обмеженням, то свобода його укладення та дійсність не може бути поставлена у залежність від його змісту і збалансованості в договорі взаємних зобов'язань сторін².

Отже, актуалізується проблематика можливості включення диспозитивних норм до акціонерного законодавства та про встановлення гнучкого нормативного забезпечення здійснення корпоративних прав акціонерами у межах договірних відносин. Наша позиція підтверджується думкою Н. С. Кузнецової, яка, аналізуючи положення Закону України «Про акціонерні товариства», звертає увагу, що значна частина механізмів регулювання акціонерних відносин вписані недостатньо чітко, у найзагальнішому вигляді, що потребує їх постійного уточнення та тлумачення і часто породжує численні корпоративні спори³.

Можливість використання конструкції акціонерного договору для здійснення (утримання від здійснення) корпоративних прав, безумовно,

¹ Бондарев Е. М. Окремі питання імперативності та диспозитивності регулювання акціонерних правовідносин. *Право і безпека*. 2019. №3. С. 75.

² Бородкин В. Г. Гражданско-правовое регулирование корпоративного договора : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Рос. гос. ун-т правосудия. Москва, 2015. С. 89, 220.

³ Кузнецова Н. С. О корпоративном праве и корпоративном законодательстве Украины: проблемные вопросы. *Граждан. право*. 2013. №4. С. 13.

пов'язана зі співвідношенням положень такого договору з нормами статуту АТ, у рамках якого передбачається укладення відповідного договір-ного зобов'язання. Означена проблематика зумовлюється відсутністю чіткої регламентації у чинному законодавстві положення про співвідно-шення статуту товариства та акціонерного договору, а також змістовного наповнення такого договору у зрізі змісту відповідного статуту.

Для порівняння, в Англії договірні положення загалом не мають пріоритету над положеннями статуту компанії¹. На аналогічних по-стулатах побудоване континентальне право, в якому акціонерний до-говір загалом не може суперечити чи змінювати положення статуту, в іншому випадку він визнається нікчемним.

Проблематика визнання акціонерних договорів джерелом регулю-вання корпоративних правових зв'язків полягає у неможливості вста-новлення ними норм, що будуть загальнообов'язковими та підлягати-муть багаторазовому застосуванню, у т. ч. учасниками корпоративних правовідносин, які не є сторонами таких договірних конструкцій. Проте звертається увага, що в окремих випадках акціонерний договір встановлює обов'язкові правила поведінки не лише для акціонерів, під час реалізації останніми корпоративної правоздатності, а також й для інших осіб, у т. ч. корпорації, що вказує на його нормативну природу і дозволяє віднести до джерел права².

Науковий інтерес становить також питання про те, чи містить акці-онерний договір корпоративні норми, яких мають дотримуватися учас-ники корпоративних правовідносин. У випадку, якщо ми підтримаємо вказану тезу, то відповідну договірну конструкцію варто визнати спосо-бом врегулювання корпоративних правовідносин, формою закріплення

¹ Винятки із цього правила були встановлені у 2006 р. з прийняттям оновленого Companies Act, а саме корпоративний договір у закритих компаніях може містити умови, відмінні від положень статуту, у т. ч. передбачати обмовку про перевагу до-говірних умов перед статутними, але за умови, що такий договір має бути укладений усіма акціонерами, а також депонований у реєстраційному органі (див.: FitzGerald S., Muth G. Shareholders' agreements. Fifth edition. Sweet & Maxwell. London, 2009. P. 7; Reece Thomas K., Ryan C. L. The Law and Practice of Shareholders' Agreements. London : LexisNexis. Butterworths Law. 2014. P. 60). При цьому відповідно до Companies Act (ст. 17) установчі документи закритої компанії містять статут, резолюції акціонерів та корпоративні договори (див.: Companies act 2006. Blackstone's Statutes on Company law 2010–2011. 14th edition. Oxford University Press, 2011. P. 289).

² Варюшин М. С. Гражданско-правовое регулирование корпоративных договоров: сравнительный анализ : монография. Москва : Юрлитинформ, 2016. С. 64.

прав та обов'язків їх учасників та поставити в один ряд зі статутом товариства. В іншому випадку – виникає запитання: яка роль акціонерного договору в забезпеченні правових зв'язків між акціонерами та який вплив вона має на саме товариство. На нашу думку, акціонерний договір як правовідношення є нічим іншим як зобов'язанням і жодним чином не встановлює нові корпоративні права та обов'язки акціонерів.

З викладеного стає зрозумілим, що така договірна конструкція не може визнаватися нормативним актом, оскільки не замінює статут товариства чи взагалі будь-який нормативний акт. Відносини між акціонерами, врегульовані акціонерним договором, є зобов'язальними, а не корпоративними, незважаючи на його спрямування забезпечити належне здійснення (утримання від здійснення) корпоративних прав акціонерами. Відсутність нормативності та загальнообов'язковості акціонерного договору підтверджується можливістю його конфіденційності, оскільки про факт укладення такої договірної конструкції може бути навіть нікому невідомо, крім сторін, які його уклали, не говорячи вже про третіх осіб і державні органи. Акціонерний договір хоча й містить норми, ці норми є не локальними, а індивідуальними регуляторами, що не поширюються на сферу функціонування й діяльності товариства.

У цивілістиці переважною є позиція про субсидіарний характер акціонерного договору щодо статуту та засновницького договору. Це пояснюється імперативним характером законодавчих норм, які визначають правову природу установчих документів. Згідно з п. 1 ч. 1 ст. 117 ЦК України учасники господарського товариства зобов'язані дотримуватися установчих документів, що свідчить про їх обов'язковий характер. Тому статут товариства слід визнати корпоративним актом, що має вищу юридичну силу й соціальну значимість серед усіх корпоративних актів. Низка законодавчих положень (наприклад, ст. 13 Закону України «Про акціонерні товариства») встановлює імперативні вимоги до змісту статуту. Вважаємо, що якщо питання, визначені нормами закону, не відображені в установчих документах, то включення їх у зміст інших корпоративних актів та правочинів, у т. ч. й у зміст акціонерного договору, не допускається. Іншими словами, такий договір не може містити положення, які згідно з імперативною вказівкою закону мають визначатися установчими документами. Він, виконуючи функцію додаткового регулятора правовідносин між акціонерами, може

бути спрямований лише на розвиток, доповнення та деталізацію положень статуту.

На нашу думку, щодо статуту АТ акціонерний договір займає другорядне (допоміжне) значення, конкретизуючи його положення у контексті здійснення (утримання від здійснення) корпоративних прав та вирішення «тупикових» ситуацій, які склалися під час їх реалізації. Створивши конструкцію такого договору, як субсидіарного документа щодо статуту законодавець несвідомо допустив правову невизначеність.

Статут є установчим документом АТ, вимоги якого є обов'язковими для виконання як органами товариства, так і його акціонерами. На відміну від вказаного, акціонерний договір не має суперечити, проте може доповнювати і розвивати положення статуту. Проте в юридичній літературі висловлена досить дискусійна думка про те, що якщо такий договір, укладений всіма акціонерами, суперечить статуту, але не порушує імперативних норм законодавства, а також прав та законних інтересів третіх осіб, то він має визнаватися чинним і викликати можливість зміни за допомогою його норм обсягу і змісту корпоративної правоздатності його сторін, акціонерів закритих (приватних) товариств¹.

Використання конструкції акціонерного договору в рамках корпоративних правовідносин зумовлена використанням засад диспозитивності. Разом із тим під час реалізації принципу диспозитивності необхідно дотримуватися меж, що містяться в імперативних корпоративних нормах. Диспозитивність як основа для закріплення в рамках акціонерного договору не зумовлює вседозволеності, а передбачає можливість домовленості між його сторонами порядку здійснення (утримання від здійснення) акціонерами належних їм корпоративних прав. Зокрема, сторони такого договору мають уникати включення до його змісту вирішення тих питань, які стосуються інтересів усіх акціонерів конкретного АТ, крім випадків, коли договір укладено між усіма акціонерами такого товариства.

Акціонерний договір не лише регулюється нормами корпоративних (локальних) актів, але й сам є різновидом акта піднормативного регулювання – актом індивідуального правового регулювання корпоративних правовідносин. Однак індивідуально-правове регулювання за допомогою такого договору матиме достатнє поширення в силу по-

¹ Варюшин М. С. Гражданско-правовое регулирование корпоративных договоров: сравнительный анализ : монография. Москва : Юрлитинформ, 2016. С. 75.

дальшого збільшення самостійності й ініціативи товариств, зростання правосвідомості, зближення правопорядків різних країн, інтегрування іноземного капіталу в українську економіку й, звичайно ж, появи правозастосовної судової практики, що визнає не лише можливість існування відповідних договірних конструкцій, але і їх дієвість, регулятивну здатність і захищеність нормами права.

Співність положень ст. 26¹ Закону України «Про акціонерні товариства» щодо віднесення до предмета акціонерного договору можливості здійснення прав на акції.

Відповідно до ч. 1 ст. 26¹ Закону України «Про акціонерні товариства» договір між акціонерами товариства – це договір, предметом якого є реалізація акціонерами-власниками простих та привілейованих акцій прав на акції та/або прав за акціями, передбачених законодавством, статутом та іншими внутрішніми документами товариства. Вважаємо, що легальне визначення «договору між акціонерами» викликає велику кількість дискусійних питань, у т. ч. й щодо предмета досліджуваної договірної конструкції.

Щодо назви самої договірної конструкції, за допомогою якої акціонери можуть здійснювати (утримуватися від здійснення) належні їм корпоративні права, то в юриспруденції звертається увага на невідповідність такої назви змісту відносин, що нею опосередковані. Так, Є. О. Суханов зауважує, що домовленість учасників публічних та приватних корпорацій (*shareholders agreement*), яка досить вільно визначає правове становище їх учасників, у результаті не досить точного перекладу отримала назву «акціонерний договір» (наприклад, в Італії вони отримали назву «договори, супутні корпоративно-правовим домовленостям»)¹. Для підтвердження наведеного підкреслюється й неточність використання терміна «корпоративний договір», який запропонований проектом нової редакції Закону України «Про акціонерні товариства», що зумовлено ізольованим його використанням без додаткових уточнень та не є коректним, оскільки корпоративним (іншими словами, договором щодо корпорації) може бути названо і установчий договір, і договір про створення товариства. Зазначається, що більш точним було б використання терміна «договір про здійснення прав учасників господарських товариств», оскільки він чіткіше відо-

¹ Суханов Е. А. Сравнительное корпоративное право. Москва : Статут, 2014. С. 216.

бражає предмет цього договору – визначення договором порядку здійснення корпоративних прав учасників господарських товариств¹.

Відповідно до ст. 638 ЦК України першою серед усіх істотних умов договору зазначена умова про предмет договору. Якщо поняття «предмет договору» використовується, головним чином, для ідентифікації цивільно-правового договору як правочину, то у випадку, якщо під цивільно-правовим договором розуміється безпосередньо породжуване договором правовідношення, то мова йде вже не про «предмет», а про «об'єкт» договору, оскільки, з погляду теорії правовідносин, те, з приводу чого виникають правовідносини, називається об'єктом².

Доречно звернути увагу на важливість правильного визначення предмета договору, оскільки: 1) він сукупно з деякими іншими елементами дозволяє виокремити договір з низки схожих цивільно-правових договорів; 2) правильне й чітке його визначення є підґрунтям для подальшого узгодження всіх інших умов договору та 3) умови про предмет договору індивідуалізують предмет виконання за зобов'язанням, що виникло з договору³. Слід констатувати, що сучасний стан цивілістичних вчень про предмет договору відрізняється відсутністю єдиного підходу. Зокрема, пропонується предметом договору розуміти: 1) дії сторін; 2) матеріальне благо, з приводу якого укладається договір; 3) дії та матеріальне благо (одночасно). Переважним є розуміння комплексності предмета договору – одночасно і дії, і матеріального блага⁴.

Положення Закону України «Про акціонерні товариства» дозволяють стверджувати, що предметом акціонерного договору є дії, спрямовані на здійснення (утримання від здійснення) корпоративних прав, належних акціонерам – сторонам такого договору і порядок розпорядження акціями. Договір не регулює корпоративні процедури конкрет-

¹ Осипенко К. О. Правовое регулирование договора об осуществлении прав участников хозяйственных обществ в ГК Российской Федерации и английском праве. *Корпоративное право: актуальные проблемы* / под ред. Д. В. Ломакина. Москва : Инфотропик Медиа, 2015. С. 93.

² Трубина М. В. Гражданско-правовое регулирование акционерных соглашений в России и странах континентальной Европы : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Рос. ун-т дружбы народов. Москва, 2015. С. 92.

³ Блажівська О. Є. Договір про спільну діяльність : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Львів. нац. ун-т ім. Івана Франка. Львів, 2007. С. 107.

⁴ Сигидин М. М. Корпоративний договір : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника. Івано-Франківськ, 2016. С. 83.

них загальних зборів за конкретних обставин і визначає рамки поведінки акціонерів і принципи корпоративного управління¹. Як наслідок, у результаті укладення акціонерного договору не виникають «нові» корпоративні права, а лише визначається порядок здійснення (утримання від здійснення) вже існуючих немайнових корпоративних прав.

Щодо акціонерного договору в юриспруденції запропоновано обсяг категорії *shareholders' agreements* розкривати через договори: а) про голосування (*voting agreements*); б) позики цінних паперів (*securities lending agreements*); в) про обмеження прав розпорядження акціями (*restriction on transfer of shares agreements*); г) про передачу права голосу за акціями (*transfer of voting rights agreements*); ґ) контролюючого акціонера та публічної компанії (*relationship agreements*); д) про спільну діяльність (*joint venture agreements*)². Як бачимо, основна проблематика, на вирішення якої покликано конструкцію акціонерного договору, стосується порядку здійснення (утримання від здійснення) немайнових корпоративних прав акціонерів, пов'язаних з управлінням товариством.

Окреме питання предмета акціонерного договору становить включення до нього порядку відчуження акцій, що передбачено чинною редакцією Закону України «Про акціонерні товариства». На нашу думку, цим договором не має регулюватися відчуження (перехід в іншу форму) корпоративних прав, посвідчених акціями. І слушну позицію з цього приводу займає законодавець, не закріплюючи у проекті нової редакції Закону України «Про акціонерні товариства» відповідної можливості. У цьому випадку мова йде про обмеження здійснення такої правомочності власника, як розпорядження, що може передбачатися саме відповідною договірною конструкцією. Однак в юриспруденції обстоюється підхід, за яким сторони акціонерного договору вправі домовитися між собою про порядок відчуження корпоративних прав у разі настання певних юридичних фактів, тобто обумовити ті чи інші процедурні питання, що стосуються переходу належних їм корпоративних прав. Тобто управління корпоративними правами як предмет акціонерного договору має організаційний характер³.

¹ Лаптев В. А. Корпоративное право: правовая организация корпоративных систем : монография. М. : Проспект, 2019. С. 270.

² Miliauskas P. Company law aspects of shareholders' agreements in listed companies: Doctoral dissertation. Vilnius : Vilnius University, 2014. P. 194–201.

³ Сигидин М. М. Особливості здійснення корпоративних прав через застосування правової конструкції корпоративного договору. *Корпоративне право України: про-*

Вважаємо, що акціонерний договір є формою фіксації можливостей та передумов для успішного здійснення немайнових корпоративних прав, підвищення координованості й узгодженості вчинюваних акціонерами у майбутньому майнових правочинів, створення умов для попередження несприятливих для АТ наслідків (наприклад, виникнення корпоративних конфліктів або недружнього поглинання товариства, тощо). Звідси укладення акціонерного договору передбачає визначення на майбутнє порядку здійснення всіма акціонерами товариства або частиною з них належних їм немайнових корпоративних прав.

Важливим є передовий досвід окремих країн, у яких досліджуваний договір вже має визнання у правозастосуванні. Так, в Італії предмет акціонерного договору є досить обмеженим: а) здійснення права голосу в АТ або в його «материнській» компанії; б) обмеження передачі акцій або участі в таких компаніях; в) спільне здійснення контролю над дочірньою компанією (ст. 2341-bis ЦК)¹. Водночас за законодавством РФ (п. 1 ст. 32.1 Закону РФ «Про акціонерні товариства») предмет акціонерного договору визначається шляхом перерахування кола питань, що входять до нього, а саме: 1) здійснення (використання певним чином) прав, посвідчених акціями; 2) здійснення (використання певним чином) прав на акції; 3) утримання від здійснення прав, посвідчених акціями; 4) утримання від здійснення прав на акції.

Отже, в Італії та РФ наводиться перелік зобов'язань, які можуть бути предметом акціонерного договору. При цьому законодавство вказаних держав містить принципові відмінності. У цілому в законодавстві цих країн закріплені аналогічні зобов'язання, однак якщо норми російського законодавства про акціонерні договори в частині видів конкретних зобов'язань мають характер можливості, то норми італійського законодавства однозначно говорять про те, що лише перераховані у ст. 2341-bis ЦК Італії зобов'язання можуть бути предметом таких договорів.

блеми теорії та практики : монографія / за заг. ред. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ : Супрун В. П., 2017. С. 238, 243.

¹ Суханов Е. А. Корпоративные соглашения в современном российском и зарубежном праве. *Гражданское общество и развитие гражданского права* : сб. ст. к юбилею д-ра юрид. наук, проф. Н. С. Кузнецовой / отв. ред. Р. А. Майданик и Е. В. Кохановская. Киев : ЧАО «Юрид. практика», 2014. С. 180–181; Суханов Е. А. Сравнительное корпоративное право. Москва : Статут, 2014. С. 216.

Для порівняння, у країнах, законодавство яких не містить чіткої регламентації акціонерного договору, відповідна договірна конструкція предметно не визначена і враховує національні особливості регулювання корпоративних правовідносин. Так, у Франції такі договори в принципі можуть стосуватися лише голосування акціонерів та виключно на конкретних зборах (а не протягом якого-небудь строку), а також піддані іншим серйозним обмеженням¹. Положення такого договору може бути визнане недійсним, якщо воно не відповідає корпоративному законодавству Франції². Натомість законодавство Німеччини передбачає, що акціонерний договір може містити положення, які часто зустрічаються у статутах та розглядаються як «договори, що пов'язують право голосу» або «договори, що пов'язують акціонерів» (тобто договори про здійснення немайнових прав акціонерів)³. Аналогічне можна вказати й про положення ст. 551 Кодексу про компанії Бельгії, за якою акціонерні договори є звичайними договірними конструкціями, предметом регулювання яких є права голосу з акцій та майнові права на акції.

В Англії перелік положень, що становлять предмет такого договору, є відкритим і може охоплювати будь-які питання, пов'язані з управлінням та діяльністю компанії. Виходячи з переліку питань, які має врегулювати акціонерний договір за законодавством цієї країни, складається враження, що він є додатком до статуту компанії⁴. Однак це не відповідає дійсності, оскільки: а) договір є самостійною домовленістю його сторін і не підміняє статут компанії; б) договір є дійсним лише для акціонерів компанії⁵; в) такий договір може бути спрямований на захист прав однієї групи акціонерів і тверде обмеження прав інших акціонерів⁶.

¹ Макарова О. А. Корпоративное право : курс лекций. Москва : Волтерс Клувер, 2010. С. 162; Суханов Е. А. Сравнительное корпоративное право. Москва : Статут, 2014. С. 221.

² Там само.

³ Там само.

⁴ Макарова О. А. Корпоративное право : курс лекций. Москва : Волтерс Клувер, 2010. С. 162; Осипенко К. О. Правовое регулирование договора об осуществлении прав участников хозяйственных обществ в ГК Российской Федерации и английском праве. *Корпоративное право: актуальные проблемы* / под ред. Д. В. Ломакина. Москва : Инфотропик Медиа, 2015. С. 101; Reese Thomas K., Ryan C. L. *The Law and Practice of Shareholders' Agreements*. London : LexisNexis. Butterworths Law, 2014. P. 51.

⁵ *Palmer's Company Law: Annotated Guide to the Companies Act 2006*. Sweet & Maxwell. P. 566–567.

⁶ Осипенко К. О. Соглашения участников (акционеров) в российском и английском праве. *Законодательство*. 2010. №4. С. 37.

Невизначеність на рівні законодавства предмета акціонерного договору зумовлює наукову дискусію щодо його визначення. В юриспруденції серед запропонованих підходів з цього питання слід виокремити розуміння предмета акціонерного договору як: 1) організаційних прав, якими володіє учасник корпорації та управління ними¹; 2) регламентація порядку здійснення корпоративних прав учасників товариства²; 3) організаційно-майнових правовідносин³; 4) певних дій (утримання від них), які породжують договірне зобов'язання, що «обтяжує не цінні папери», а осіб (сторін договору)⁴; 5) встановлення переважного права на придбання акцій, зобов'язання з'явитися для участі у загальних зборах, голосувати на них певним чином, обмеження права відчужувати акції, відмова від отримання дивідендів тощо⁵; 6) прав на дивіденди, від яких акціонери вправі відмовитися на користь іншого акціонера⁶.

Правова доктрина України щодо предмета акціонерного договору також містить різні підходи до цього питання та розширене його тлумачення. Так, запропоновано предмет такого договору розуміти через домовленості: а) голосувати певним чином; б) погоджувати варіанти голосування з іншими особами; в) різні дії щодо управління, реорга-

¹ Сигидин М. М. Корпоративний договір : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника. Івано-Франківськ, 2016. С. 97, 139.

² Иноземцев М. И. Ответственность сторон за нарушение акционерного соглашения по праву России и зарубежных государств : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Моск. гос. ин-т междунар. отношений (ун-т) М-ва иностран. дел РФ. Москва, 2017. С. 68.

³ Венедіктова І. В. Реалізація охоронюваного законом інтересу при укладенні корпоративних угод. *Проблеми охорони прав суб'єктів корпоративних відносин* : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 10-й річниці створення Лабораторії з вивчення проблем корпоратив. права НДІ приват. права і підприємництва НАПрН України (Івано-Франківськ, 23–24 верес. 2011 р.). Івано-Франківськ : Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника, 2012. С. 37.

⁴ Поваров Ю. С. К вопросу о «взаимодействии» акционерного соглашения с иными юридическими фактами. Перші юридичні диспути з актуальних проблем приватного права, присвячені пам'яті С. В. Васюковського : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 15–16 квіт. 2011 р.). / відп. ред. І. С. Канзафарова ; Одес. нац. ун-т ім. І. І. Мечнікова. Одеса : Астропринт, 2011. С. 50.

⁵ Новоселова Л. А. Реформа российского корпоративного права: цели и перспективы. *Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права* (Матвєєвські цивільністичні читання) : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. : у 2 т. Т. 1. (Київ, 19 жовт. 2012 р.). Київ : ТОВ «Білоцерківдрук», 2013. С. 49–50; Спасибо-Фатєєва І. В. Акціонерні угоди. *Право України*. 2009. № 12. С. 186–197.

⁶ Доронин Ю. А. Договор о порядке осуществления прав участников хозяйственных обществ. *Журнал рос. права*. 2009. № 10. С. 65.

нізації та ліквідації АТ; г) відмову від наглядової ради або пряме передбачення особи, що управлятиме приватним АТ; г) видача окремим акціонерам доручення на участь у загальних зборах; д) набуття або відчуження акцій за заздалегідь визначеною ціною і при настанні певних обставин; е) утримання від відчуження акцій до настання певних обставин; є) передача іншим акціонерам дивідендів; умови про розподіл прибутку непропорційним кількості акцій; ж) умови про заборону вимагати ліквідації АТ тощо¹.

Альтернативним до наведеного баченням є вказівка на те, що акціонерний договір як цивільно-правовий договір включає в себе певну модель зобов'язань його сторін, що містить вказівку на акції (матеріальний об'єкт), а також способи та особливості здійснення акціонерами своїх прав на акції або прав з акцій, тобто конкретні дії (бездіяльність, включаючи обмеження дій), які сторони зобов'язуються вчинити або утриматися від їх вчинення (юридичний об'єкт). Тому матеріальний об'єкт предмета акціонерного договору слід розглядати саме акції, а не обумовлені ними права як майнового, так і немайнового характеру². Також зауважимо, що в договорах між акціонерами передбачається обов'язковість голосування його учасників з певних питань, визначений порядок висування та обрання членів органів АТ, переважне право на придбання акцій інших учасників договору, заборона на розпорядження акціями протягом певного часу чи обов'язковість продажу акцій у певних випадках, порядок розподілу прибутку чи покриття збитків, порядок вирішення ряду конфліктних ситуацій тощо³.

¹ Венедіктова І. В. Реалізація охоронюваного законом інтересу при укладенні корпоративних угод. *Проблеми охорони прав суб'єктів корпоративних відносин* : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 10-й річниці створення Лабораторії з вивчення проблем корпоративного права НДІ приват. права і підприємництва НАПрН України (Івано-Франківськ, 23–24 верес. 2011 р.). Івано-Франківськ : Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника, 2012. С. 37; Сигидин М. М. Корпоративний договір : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Прикарпат. нац. ун-т імені Василя Стефаника. Івано-Франківськ, 2016. С. 159; Спасибо-Фатєєва І. В. Акціонерні угоди. *Право України*. 2009. № 12. С. 186–187.

² Трубина М. В. Гражданско-правовое регулирование акционерных соглашений в России и странах континентальной Европы : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Рос. ун-т дружбы народов. Москва, 2015. С. 12–13, 100–101.

³ Виговський О. І. Договори між акціонерами в міжнародному приватному праві. *Бюл. М-ва юстиції України*. 2014. № 10. С. 169.

У попередніх роботах ми зазначали, що основну увагу в такому договорі слід приділяти порядку формування і діяльності наглядової ради, виконавчого органу, порядку голосування з приводу найбільш важливих для товариства питань, а предмет акціонерного договору має становити здійснення суб'єктивних корпоративних прав та виконання корпоративних обов'язків кожною із його сторін¹. На розвиток зазначеного підходу зауважимо, що досліджуваний договір не спрямований на встановлення, зміну або припинення корпоративних прав акціонера, а визначає не заборонені законом та внутрішніми правовими актами товариства способи здійснення вже існуючих прав. Його предмет становлять не зобов'язання сторін, і навіть не права, що їм належать, а способи здійснення (утримання від здійснення) акціонерами належних їм корпоративних прав.

Вважаємо, що предмет акціонерного договору можуть становити лише такі зобов'язання щодо здійснення (утримання від здійснення) акціонерами своїх прав, які вичерпно не врегульовані корпоративним законодавством або статутом товариства. Тому буде недійсною умова про предмет такого договору, що передбачає зобов'язання його сторін з питань, які не можуть регулюватися в диспозитивному порядку шляхом встановлення правил поведінки, що відрізняються від тих, які визначені імперативними нормами. В юридичній літературі з цього приводу зазначено, що оскільки порядок прийняття рішень органами управління АТ визначається статутом, то така норма не може бути предметом акціонерного договору. Акціонери мають право визначити особливості здійснення свого права голосу при прийнятті рішень, які ухвалюються загальними зборами акціонерів, але не мають права, наприклад, змінити порядок голосування або інші правила, які є обов'язковими для всіх акціонерів².

Як бачимо, такі договори практично жодним чином не впливають на сферу корпоративного управління та, напевно, єдиним аспектом, який буде можливим до врегулювання ними, стане процедура голосування акціонерів з питань формування органів управління в частині

¹ Жорнокуй Ю. М. Акціонерний договір як спосіб попередження корпоративних конфліктів в акціонерних товариствах. *Вісн. Одес. нац. ун-ту ім. І. І. Мечникова*. 2012. Т. 17, вип. 7. С. 80.

² Бондарев Е. М. Дискусійні питання визначення предмета акціонерного договору. *Європ. перспективи*. 2020. № 1. С. 169.

узгодження варіанта свого голосування з іншими акціонерами. Встановлення ж процедури формування, порядку діяльності та повноважень органів управління повністю залишиться в сфері дії корпоративних документів самого товариства, домовленості акціонерів не будуть відігравати тут ніякої ролі¹. Отже, основну увагу в акціонерному договорі необхідно приділяти способам здійснення (утримання від здійснення) суб'єктивних корпоративних прав і виконання корпоративних обов'язків кожним з акціонерів, що уклали договір.

Особливістю предмета акціонерного договору є те, що він передбачає не безпосереднє здійснення прав акціонерів, а таку модель їх поведінки, яка містить вибір певного способу здійснення прав акціонерів у майбутньому або умов здійснення цих прав, або умов, до настання яких права не будуть здійснюватися. По суті, мова йде про певні самообмеження акціонерами щодо здійснення (утримання від здійснення) належних їм прав. У такому разі акціонери обирають певні способи здійснення своїх прав або визначають умови, при настанні яких вони будуть здійснювати свої права або, до настання яких, вони будуть утримуватися від їх здійснення.

Акціонерний договір не має охоплювати своїм предметом відносини, врегульовані імперативними нормами законодавства, і не може за своїм значенням замінювати статут товариства. Якщо норма є диспозитивною і припускає вибір варіанта поведінки, відносини, врегульовані такою нормою, можуть регулюватися й акціонерним договором. Слід погодитися з тим, що такий договір може укладатися на майбутнє і для конкретизації положень статуту АТ, але не може їм суперечити².

Умови акціонерного договору не мають призводити до порушення прав інших акціонерів, а також третіх осіб, які не є його стороною. Зауважимо, що порядок здійснення акціонерами прав, передбачений акціонерним договором, може передбачати покладення на них обов'язків як активного типу (вчинити певні дії), так і пасивного типу (утриматися від вчинення дій).

Відповідно до ч. 2 ст. 26¹ Закону України «Про акціонерні товариства» предметом договору між акціонерами не може бути зобов'язання

¹ Черньшев А. Акционерные соглашения: желания и возможности. *Корпоратив. юрист.* 2008. №9. С. 7.

² Бондарев Е. М. Дискусійні питання визначення предмета акціонерного договору. *Європ. перспективи.* 2020. №1. С. 166–171.

сторони цього договору голосувати згідно з вказівками органів управління товариства, щодо акцій якого укладений цей договір, крім випадків, якщо стороною договору є особа, яка одночасно входить до складу органу управління такого товариства. Умови досліджуваного договору, які суперечать вимогам цієї частини, є нікчемними. Отже, предметом акціонерного договору є способи та особливості здійснення (утримання від здійснення) вже існуючих та належних конкретному акціонеру корпоративних прав. Тому положення ст. 26¹ Закону України «Про акціонерні товариства» у контексті покладення на акціонера додаткових корпоративних обов'язків є досить сумнівним, оскільки такі обов'язки будуть мати не корпоративну, а зобов'язальну природу. Наша позиція ґрунтується на одній із загальноновизнаних теорій, за якою предметом договору є дії сторін.

Метою укладення акціонерного договору є встановлення меж здійснення (утримання від здійснення) суб'єктивних корпоративних прав акціонерами. Якщо взяти за основу вимоги ст. 26¹ Закону України «Про акціонерні товариства», то акціонерним договором можуть бути передбачені такі зобов'язання сторін: а) голосувати певним чином на загальних зборах акціонерів; б) погоджувати варіант голосування з іншими акціонерами; в) набувати або відчужувати акції за заздалегідь визначеною ціною та (або) при настанні певних обставин; г) утримуватися від відчуження акцій до настання певних обставин; ґ) здійснювати узгоджено інші дії, пов'язані з управлінням товариством, з діяльністю, реорганізацією та ліквідацією АТ; д) визначати порядок одержання доходів за цінними паперами (дивідендів).

7.3. Корпоративний договір

Залучення іноземних інвестицій у вітчизняну ринкову економіку є одним із пріоритетних напрямів сучасного бізнес-простору для подолання негативних наслідків економічної кризи, стабілізації і покращення фінансового становища комерційних структур, виходу на нові вітчизняні та міжнародні ринки. Створення сприятливих умов для активізації корпоративних зв'язків українських підприємницьких товариств з іноземними учасниками інвестиційної діяльності насамперед

потребує використання кращих управлінських і професійних навичок компаній, що ззовні виявляється через ділову репутацію учасників корпоративних відносин у ринковому середовищі, а зсередини через застосування ефективних інструментів корпоративного управління.

У гл. 6 Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом закріплені базові положення, що встановлюють необхідні заходи щодо поступової взаємної лібералізації умов заснування підприємницької діяльності. Відповідно до п. 9 ст. 86 цієї Угоди «заснування підприємницької діяльності» означає стосовно юридичних осіб України або Сторони ЄС – право розпочинати та здійснювати економічну діяльність шляхом створення, зокрема придбання, юридичної особи та/або створення філії чи представництва в Україні або Стороні ЄС¹. Але для масштабного втілення зазначеного положення у корпоративній практиці бізнес-структур важливим має стати забезпечення прозорості, гнучкості і надійності існування ефективної системи корпоративного управління, що полягає у регулюванні відносин між інвесторами – власниками корпоративних прав товариства, його менеджерами та іншими стейкхолдерами. Згідно з п. 1 Принципів корпоративного управління від 22 липня 2014 р. №955², корпоративне управління є одним з ключових елементів зростання товариства, підвищення довіри інвесторів. Корпоративне управління окреслює межі, в яких визначаються завдання товариства, засоби виконання цих завдань, здійснення моніторингу діяльності товариства. Разом із тим наявність ефективної системи корпоративного управління збільшує вартість капіталу, компанії заохочуються до більш результативного використання ресурсів, що створює базу для зростання.

Нині в українському законодавчому полі здійснено перші кроки у напрямі правового регулювання корпоративних договорів, що вважається одним із інструментів у механізмі корпоративного управління, спрямування якого полягає у врегулюванні відносин між учасниками (інвесторами) підприємницького товариства, що безпосередньо впли-

¹ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії та їхніми державами-членами, з іншої сторони. URL: http://www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=248387631 (дата звернення: 28.07.2020).

² Принципи корпоративного управління : затв. рішенням Нац. комісії цінних паперів та фондового ринку від 22.07.2014 №955. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/KL140337> (дата звернення 28.07.2020).

ває на діяльність компанії в цілому та її органів зокрема. Разом із тим, як зазначає наукова і практикуюча спільнота, поняття і правова природа корпоративного договору є недостатньо дослідженою у правовій доктрині, а вказана договірна конструкція є малозастосовуваною у практичній діяльності¹. Це зумовлює необхідність аналізу чинного та перспективного законодавства у частині викладу правових норм щодо корпоративних договорів. Адже укладення корпоративного договору має виключати будь-які зловживання з боку учасників корпоративних відносин при договірному врегулюванні питань, що виникають у корпоративному управлінні, і зумовлювати можливості для уникнення і подолання корпоративних конфліктів, якщо такі мають місце у діяльності компанії.

У науковій літературі поняття і правова природа корпоративного договору досить часто розглядаються вченими через правові конструкції акціонерної угоди акціонерного товариства або договору, що укладається учасниками будь-яких юридичних осіб приватного права, які наділені корпоративними правами щодо цієї юридичної особи.

І. В. Спасибо-Фатеева прийшла до висновку, що угода між акціонерами є непойменованим договором, який укладається остільки, оскільки це дозволяється загальними засадами цивільного законодавства та Законом України «Про акціонерні товариства». Це комплексний договір, адже він не має майнового характеру, а являє собою різновид організаційного договору, але як спосіб забезпечення його виконання може передбачатися обов'язок акціонера продати акції або, навпаки, заборона їх відчуження протягом певного строку².

В. А. Васильєва зазначає, що для того щоб визначити сутність і правову природу корпоративного договору, необхідно знати його основні характерні ознаки, які складаються з: 1) ознак, що притаманні корпоративному договору як правочину; 2) ознак, що відрізняють цей договір від інших договірних конструкцій. До першої групи ознак належать: вольовий характер, тобто спрямованість на досягнення певного правового результату; наявність сторін договору; спрямованість цієї волі на

¹ Сішук Л. В. Акціонерний договір: аналіз чинного і перспективного корпоративного законодавства. *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України* : зб. наук. ст. Івано-Франківськ : Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника, 2017. Вип. 43. С. 162.

² Спасибо-Фатеева І. В. Цивілістика: на шляху формування доктрин : вибр. наук. пр. Харків : Золоті сторінки, 2012. С. 176.

встановлення, зміну, припинення цивільних прав і обов'язків; в основі договору повинна бути домовленість сторін, тобто результат синтезу воли сторін, який спрямований на забезпечення їх інтересів; відповідність волі сторін їх волевиявленню; втілення волевиявлення в певній законодавчо визначеній формі; правомірність дій, що тягнуть виникнення або видозміни регулятивних цивільних правовідносин; опосередкування динаміки цивільних правовідносин між суб'єктами цивільного права та спрямованість на реальне настання правових наслідків. Щодо ознак, які відрізняють корпоративний договір від інших договорів, то основним критерієм розмежування є предмет договору¹.

В. А. Васильєва зазначає, що предметом корпоративного правочину є організаційні права, якими володіє учасник корпорації, та управління ними. Предметом домовленостей може бути певний перерозподіл організаційних прав, щодо яких відсутнє імперативне регулювання, в тому числі на рівні локальних нормативних актів². Говорячи про предмет корпоративного договору, М. М. Сигидин зауважує, що корпоративний договір покликаний регулювати відносини саме щодо управління корпоративними правами, тобто мова йде про узгодженість дій учасників юридичної особи корпоративного типу у сфері реалізації ними організаційного спектру повноважень, що становлять зміст корпоративних прав³. В. А. Васильєва сприймає зазначені вище міркування та уточнює, що предметом корпоративного договору є порядок та умови реалізації учасниками товариства належних їм корпоративних прав, а також виконання обов'язків, які пов'язані з участю в юридичних особах корпоративного типу чи / або управлінням ними⁴.

При цьому варто звернути увагу й на твердження В. І. Цікала, який зазначає, що метою такого договору є здійснення у майбутньому прав учасниками, які їм належать (існують на момент досягнення згоди), певними (особливими) визначеними договором способами. Предмет

¹ Корпоративне право України: проблеми теорії та практики : монографія / В. А. Васильєва, А. В. Зеліско, В. В. Луць, І. Б. Саракун, Л. В. Сішук [та ін.] ; за заг. ред. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ, 2017. С. 224.

² Васильєва В. А. Корпоративні правочини: питання кваліфікації. *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України* : зб. наук. ст. Івано-Франківськ : Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника, 2011. Вип. 27. С. 108.

³ Корпоративне право України: проблеми теорії та практики : монографія / В. А. Васильєва, А. В. Зеліско, В. В. Луць, І. Б. Саракун, Л. В. Сішук [та ін.] ; за заг. ред. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ, 2017. С. 234.

⁴ Там само. С. 226.

договору про здійснення прав учасників господарського товариства, зокрема, становлять: способи здійснення права на участь в управлінні товариством, способи здійснення переважного права придбання частки (акцій) та права на відчуження частки (акцій), а також способи здійснення прав, пов'язаних із припиненням господарського товариства і виділенням із його складу нової юридичної особи¹.

У цілому погоджуючись із наведеними вище аргументами, варто зазначити, що корпоративний договір є родовим поняттям, через правову конструкцію якого можна визначати особливості управління корпоративними правами учасників будь-якої юридичної особи корпоративного типу всередині компанії та їх здійснення у спосіб, визначений домовленістю сторін договору, у зв'язку з чим предмет корпоративного договору має важливе значення при його укладенні та визначенні цієї договірної конструкції як такої. Тому незалежно від найменування корпоративного договору як акціонерного договору чи договору між учасниками предметом цього договору є корпоративні права, що реалізуються способами, визначеними домовленістю сторін корпоративного договору в інтересах учасників юридичної особи корпоративного типу, що не суперечать імперативним нормам закону та установчим документам компанії.

Якщо говорити про легальне визначення корпоративного договору, то варто погодитися з думкою М. К. Галянтича, який зазначає, що воно повинне відображати сутнісні ознаки корпоративного договору та бути орієнтиром. Проте законодавець у структурі та основних елементах має їх збалансувати на загальних правових категоріях, відображати систематику цивільного права та структуру цивільного правовідношення, не допускаючи розбіжності. Втім швидкоплинне прийняття законів зумовлює появу колізій щодо застосування корпоративного законодавства в правовій практиці².

Підтримуючи висловлене зауваження, варто вказати й на те, що прийняття і підписання законів, спрямованих на одночасне врегулювання актуального питання щодо корпоративних договорів та право-

¹ Цікало В. Предмет договору про здійснення прав учасників господарського товариства. *Підприємництво, госп-во і право*. 2017. №17. С. 72.

² Галянтич М. К. Визначення поняття та встановлення ознак корпоративних правочинів. *Корпоративні правочини* : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф., 27–28 верес. 2013 р. Івано-Франківськ : Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника, 2013. С. 24.

вого статусу товариств з обмеженою відповідальністю, з однієї сторони, зумовило виникнення прогресивних норм у напрямі визначення поняття, предмета та змісту корпоративного договору, а з другого боку, призвело до взаємовиключення новел корпоративного законодавства.

Так, із прийняттям Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо корпоративних договорів» від 19 квітня 2016 р. № 4470 (набрання чинності – 23 березня 2017 р.) було внесено зміни до Закону України «Про господарські товариства» і доповнено ст. 51¹ «Договір на реалізацію прав учасників (засновників) товариства з обмеженою відповідальністю». Проте незадовго після внесення зазначених змін було прийнято Закон України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» від 6 лютого 2018 р. № 2275-VIII, який набрав чинності 17 червня 2018 р., в результаті чого положення статей Закону України «Про господарські товариства» у частині врегулювання правового статусу товариств з обмеженою відповідальністю втратили чинність, в тому числі й щодо договору про реалізацію прав учасників (засновників). Водночас у Законі України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» закріплено конструкцію корпоративного договору.

У зв'язку з цим постає питання щодо логістики застосування договірної конструкції «корпоративний договір» тільки щодо товариств з обмеженою відповідальністю. З цього приводу доцільно навести Резолюцію Комітету Асоціації правників України з корпоративного права та фондового ринку, якою пропонувалося закріпити на рівні ЦК України норми про корпоративний договір як узагальнюючої правової категорії, що визначає спеціальний порядок виникнення між учасниками товариства домовленостей щодо здійснення корпоративних прав, а норми про окремі договори між учасниками акціонерних товариств та товариств з обмеженою відповідальністю – на рівні спеціальних законів. Утім законодавець не врахував зазначених пропозицій та не закріпив у кодифікованому акті правової конструкції «корпоративний договір», що не відповідає вимогам щодо якості законів у контексті дотримання принципу верховенства права.

Зокрема, аналіз норм про договір на реалізацію прав учасника (засновника) товариства з обмеженою відповідальністю, що діяли незначний період часу до моменту набрання чинності Законом Укра-

їни «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», дає можливість зробити висновки про те, що у статті було визначено предмет договору, до якого включено ряд способів здійснення корпоративних прав; деталізовано перелік дій, які учасник має право чи набуває обов'язок здійснити, що визначають можливість реалізувати права на частку у статутному капіталі та права, що впливають з неї; визначено обмеження щодо предмета договору; закріплено вимоги до форми, строку, інформованості про укладення та зміст договору; визначено сторін договору; зазначено підстави визнання договору нікчемним, недійсним тощо.

Утім зараз саме ст. 7 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» регулює питання про корпоративний договір, що потребує детального аналізу, оскільки норми цієї статті врегульовують відносини між учасниками товариства з обмеженою відповідальністю дещо по-іншому. Згідно з ч. 1 ст. 7 цього Закону визначено, що договір, за яким учасники товариства зобов'язуються реалізувати свої права та повноваження певним чином або утримуватися від їх реалізації (далі – корпоративний договір), є безвідплатним і вчиняється в письмовій формі. Корпоративний договір, який не відповідає цим вимогам, є нікчемним¹.

Із вказаного визначення корпоративного договору випливає, що учасники можуть домовитися про взяття на себе обов'язку реалізувати корпоративні права учасника у певний спосіб. З одного боку, таке нормативне трактування корпоративного договору вказує на можливість сторін визначати умови договору на власний розсуд щодо тих корпоративних прав, які впливають з частки у статутному капіталі товариства, що визначені законом і статутом. Це дає підстави для позитивного сприйняття зазначеної договірної конструкції для врегулювання корпоративних відносин, оскільки учасники товариства самостійно мають право набувати чи створювати для себе права та/або обов'язки без відома товариства і тих учасників, які не є стороною корпоративного договору. Крім того, аналіз ст. 7 дає підстави стверджувати, що зміст корпоративного договору, як зазначає Н. В. Щерба-

¹ Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю : Закон України від 6 лют. 2018 р. №2275-VIII. *Відом. Верхов. Ради*. 2018. № 13. Ст. 69. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275-19> (дата звернення: 28.07.2020).

кова, можуть становити дві групи умов: а) умови майнового характеру з приводу купівлі-продажу частки в статутному капіталі (її частини); б) умови організаційно-управлінського характеру з приводу реалізації прав та повноважень учасниками, які впливають із немайнових прав учасників товариства¹.

Утім, з другого боку, наведена дефініція корпоративного договору викликає низку зауважень, адже у вказаній нормі предмет корпоративного договору не розкрито, а саме не передбачено конкретних способів здійснення корпоративних прав, як це було визначено у ст. 51¹ Закону України «Про господарські товариства» – «Договір на реалізацію прав учасників (засновників) товариства з обмеженою відповідальністю», а словосполучення «певним чином» має оціночний характер і в правозастосовній практиці може призвести до зловживань корпоративними правами учасниками товариства з обмеженою відповідальністю. Адже згідно з презумпцією цивільного законодавства діє правило «дозволено все, що не заборонено законом». Єдине обмеження, що визначене Законом України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», міститься у п. 4 ст. 7, відповідно до якого «корпоративний договір, яким встановлюється обов'язок учасників забезпечити голосування згідно з вказівками органів управління товариства, є нікчемним»². Проте це не зменшує правового поля для можливих зловживань учасниками товариства з обмеженою відповідальністю.

Зокрема, у цьому напрямі досить правильно висловлено міркування В. Л. Яроцьким, який зазначає, що закріплення у п. 1 ст. 7 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» лаконічного визначення понятійно-предметної специфіки корпоративного договору, по-перше, не дає можливості чіткого уявлення щодо сфери його використання у регулюванні корпоративних відносин. Ця правова конструкція заслуговує бути більш широкою та універсальною з точки зору її змістовного наповнення. По-друге, викликає зауваження текстуальне викладення деяких положень вказаної статті, які характе-

¹ Щербаківа Н. В. Питання змісту корпоративного договору. *Корпоративне право України та країн Європейського Союзу: новели законодавства* : зб. наук. пр. за матеріалами XVI Міжнар. наук.-практ. конф. / за ред. В. В. Луця. Івано-Франківськ, 2018. С. 186.

² Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю : Закон України від 6 лют. 2018 р. №2275-VIII Відом. Верхов. Ради України. 2018. №13. Ст. 69. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275-19> (дата звернення: 28.07.2020).

ризуються юридичною некоректністю і невідповідністю азам інструментальної теорії права та елементарним правилам юридичної техніки. Мова йде про положення «учасники товариства зобов'язуються реалізовувати права та повноваження певним чином», адже в теорії права суб'єктивне право визначається як міра можливої поведінки уповноваженої особи, а отже, як можна зобов'язуватися реалізовувати право?¹.

Якщо звернутися до дефініції «акціонерний договір», викладеної у ст. 26¹ Закону України «Про акціонерні товариства», то зазначається, що договір між акціонерами товариства – це договір, предметом якого є реалізація акціонерами – власниками простих та привілейованих акцій прав на акції та/або прав за акціями, передбаченими законодавством, статутом та іншими внутрішніми документами товариства². З наведеного поняття випливає, що предметом акціонерного договору є реалізація прав на акції чи прав за акціями, але відсутнє словосполучення «зобов'язані реалізовувати права певним чином». Крім того, згідно з вказаною статтею за акціонерним договором у подальшому переліку дій мова йде про обов'язок реалізовувати у визначений домовленістю акціонерів спосіб наданих їм прав і вказується невичерпний перелік таких можливостей: обов'язок сторін голосувати у спосіб, передбачений таким договором, на загальних зборах акціонерів товариства, погоджувати придбання або відчуження акцій за заздалегідь визначеною ціною та/або у разі настання визначених у договорі обставин, утримуватися від відчуження акцій до настання визначених у договорі обставин, а також вчиняти інші дії, пов'язані з управлінням товариством, його припиненням або виділом з нього нового товариства. У наведеному прикладі законодавчого визначення «акціонерний договір», на нашу думку, правила формування дефініцій є більш правильними дотриманими з позицій юридичної техніки.

Утім варто звернути увагу й на проект Закону України «Про акціонерні товариства» від 25 листопада 2019 р. № 2493, згідно зі ст. 29

¹ Яроцький В. Л. Корпоративний договір як різновид правових засобів саморегулювання окремих груп корпоративних відносин. *Проблеми вдосконалення приватно-правових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних та сімейних прав* : матеріали наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті проф. Ч. Н. Азімова та 20-річчю з дня створення каф. цив. права № 2 (Харків, 29 листоп. 2019 р.). Харків : Право, 2019. С. 6–7.

² Про акціонерні товариства : Закон України від 17 верес. 2008 р. № 514-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/514-17> (дата звернення: 28.07.2020).

якого вводиться поняття «корпоративний договір» замість поняття «договір між акціонерами» і надається таке визначення: «договір, за яким акціонери товариства зобов'язуються реалізувати свої права та повноваження певним чином або утримуватися від їх реалізації (далі – корпоративний договір), є безвідплатним і вчиняється в письмовій формі»¹. Вказана дефініція фактично дублює поняття корпоративного договору, визначеного ст. 7 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» із недоліками юридичної техніки та невідповідністю засадам інструментальної теорії права.

В аспекті правового регулювання корпоративного договору неоднозначно сприймається й ситуація щодо співвідношення норм закону, положень статуту товариства та корпоративного договору. Зокрема, у ч. 3 ст. 7 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» зазначено, що корпоративний договір може передбачати умови або порядок визначення умов, на яких учасник має право або зобов'язаний купити або продати частку у статутному капіталі (її частину), а також визначати випадки, коли таке право або обов'язок виникає². Водночас у частинах 6, 8 ст. 20 цього Закону, у якій врегульовано порядок реалізації переважного права учасника товариства на купівлю частки у статутному капіталі, закріплено положення про те, що статутом товариства може бути передбачений інший порядок реалізації переважного права учасника товариства з обмеженою відповідальністю та згідно зі статутом чи корпоративним договором таке право може взагалі не застосовуватися при відчуженні корпоративних прав³.

Без сумніву, наведені норми вказують, що сторони корпоративного договору мають право не тільки домовлятися про способи реалізації прав учасника, але й те, що умови корпоративного договору можуть не відповідати положенням статуту. З одного боку, зазначені нововведення є свідченням запровадження гнучких механізмів здійснення корпоративних прав учасників, але, з другого боку, є й одним із мож-

¹ Про акціонерні товариства : проект Закону України від 25.11.2019 №2493. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67468 (дата звернення: 28.07.2020).

² Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю : Закон України від 6 лют. 2018 р. №2275-VIII. *Відом. Верхов. Ради України*. 2018. №13. Ст. 69. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275-19> (дата звернення: 28.07.2020).

³ Там само.

ливих факторів створення корпоративних конфліктів у товаристві. По суті законодавець дає можливість окремій групі учасників діяти всупереч інтересам товариства, адже статут як локальний акт є джерелом відображення стратегічної діяльності компанії, спрямованої на забезпечення корпоративного інтересу, а врегулювання корпоративних відносин через конструкцію корпоративного договору всупереч положенням статуту може зумовлювати деструктивні наслідки.

Якщо звернутися до законодавства іноземних країн, то можливість укладення учасниками корпорацій «корпоративних договорів» визнається правом багатьох зарубіжних країн. При цьому в іноземних правових системах представлені різні концептуальні підходи до цих договорів. Англійським правом встановлюється мало обмежень щодо того, що може бути предметом договору акціонерів (учасників). У Франції, Німеччині законодавець обмежує свободу розсуду сторін¹. Для прикладу, у Німеччині вільно укладаються угоди, але в кожному конкретному випадку важливо з'ясувати, чи можуть акціонери (учасники) відступити від норми закону (тобто, якщо вона не імперативна), чи не можуть (якщо закон містить обов'язковий припис). Крім того, за німецьким правом акціонери, здійснюючи свої права, зобов'язані враховувати інтереси товариства та інших акціонерів (обов'язок лояльності)². У зв'язку з тим, що в континентальній Європі домінуючою є думка, що корпоративні договори повинні відповідати закону та статуту і не можуть змінювати положення статуту, то майже у всіх країнах континентальної Європи суди керуються таким правилом³.

Щодо корпоративного законодавства України, то, як зазначає І. В. Спасибо-Фатєєва, в ньому містяться переважно імперативні норми. Проте слід враховувати, що не всі корпоративні норми сформульовані як імперативні, тобто як такі, що не допускають інших варіантів, адже

¹ Галянтич М. К. Законодавство України про корпоративні договори між учасниками товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю. *Корпоративне право України та країн Європейського Союзу: новели законодавства* : зб. наук. пр. за матеріалами XVI Міжнар. наук.-практ. конф. / за ред. В. В. Луця. Івано-Франківськ, 2018. С. 46.

² Нецька Л. С. Про акціонерні товариства. *Корпоративні правочини* : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф., 27–28 верес. 2013 р. Івано-Франківськ : Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника, 2013. С. 80.

³ Корпоративне право України: проблеми теорії та практики : монографія / В. А. Васильєва, А. В. Зеліско, В. В. Луць, І. Б. Саракун, Л. В. Сіщук [та ін.] ; за заг. ред. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ, 2017. С. 232–233.

серед них є ті: в яких просто не передбачена така можливість (тобто іншого поводження); що не виключають дозвіл діяти інакше (як правило, останнє міститься в статуті або внутрішніх документах товариства); сутність яких полягає у встановленні прямої заборони діяти інакше, ніж передбачено в цій нормі¹. При цьому варто вказати, що імперативні положення правового регулювання більшою мірою притаманні Закону України «Про акціонерні товариства», що пов'язано з особливостями функціонування організаційно-правової форми акціонерного товариства. Втім положення Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», навпаки, мають в основному диспозитивний характер і дають більше можливостей щодо здійснення товариствами саморегулювання управління такими організаціями та щодо способів здійснення корпоративних прав їх учасниками.

Разом із тим варто згадати про ст. 6 ЦК України, відповідно до якої сторони мають право укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства. При цьому сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд, крім випадків, коли в актах законодавства України прямо вказано про таку неможливість, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства випливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами².

Вказані новели ЦК України щодо свободи договору та можливості сторін на власний розсуд врегулювати відносини, як зазначає В. А. Васильєва, призвели до появи серед характеристик договору такої ознаки, як його регулятивний характер, що дає відповідь на питання щодо правомірності відступу від норм права та врегулювання відносин сторін в інший спосіб, або дозволяє зняти будь-яке несприйняття положень новел, що регулюють відносини сторін, особливо у непоіменованих договорах³. Наведене дозволяє стверджувати, як зазначає А. В. Коструба, що нарівні з правовою нормою правовим засобом забезпечення дії

¹ Спасибо-Фатєєва І. В. Цивілістика: на шляху формування доктрин : вибр. наук. праці. Харків : Золоті сторінки, 2012. С. 170–173.

² Цивільний кодекс України : від 16.01.2003 №435-IV. *Відом. Верхов. Ради України*. 2003. №40–44. Ст. 356. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 28.07.2020).

³ Васильєва В. А. Проблеми регулювання цивільно-правового договору. *Договір як універсальна форма правового регулювання* : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. Івано-Франківськ : ДВНЗ «Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника», 2018. С. 10.

механізму правового регулювання суспільних відносин є alter-нормативні регулятори (договір, звичай), які становлять взаємоузгоджене формування та застосування індивідуально визначеної моделі поведінки учасників правових відносин як альтернатива правовій нормі, прийняття на себе елементів її обов'язковості щодо індивідуальних приписів, сформованих сторонами¹.

Втім сторони договору діють, виходячи не лише із власного інтересу, але й об'єктивних можливостей, які з юридичної точки зору існують не тільки як дозволяння, але й заборони та позитивні зобов'язання². У зв'язку з цим, незважаючи на ст. 6 ЦК України, доцільно детально законодавчо визначити предмет корпоративного договору та окреслити обмеження договірної свободи у цьому напрямі шляхом закріплення у нормах корпоративного законодавства положення про те, що договір не повинен суперечити нормам закону та статуту з дотриманням «принципу лояльності». Адже, враховуючи той факт, що корпоративний договір хоча й укладається між учасниками товариства, для врегулювання корпоративних відносин потрібно, як зазначає І. В. Спасибо-Фатєєва³, висловити застереження щодо співвідношення корпоративного і договірного права, сфери дії яких цього разу накладаються.

О. М. Вінник зазначає, що правове регулювання угод акціонерів здійснюється на кількох рівнях: законодавчому (із закріпленням державою у відповідних нормативно-правових актах вищої юридичної сили – законі та/або кодексі – основних вимог до таких угод та можливості їх моделювання учасниками корпоративних відносин), локальному (з фіксацією положень про застосування таких угод у статуті товариства), договірному (обрання учасниками корпоративних відносин певної моделі угоди щодо її змісту, суб'єктного складу тощо)⁴. Тому варто погодитися з думкою В. А. Васильєвої, яка зазначає, що

¹ Коструба А. В. Цивільно-правовий договір як alter-нормативна форма регламентційного впливу на суспільні відносини. *Договір як універсальна форма правового регулювання* : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. Івано-Франківськ : ДВНЗ «Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника», 2018. С. 26.

² Белянєвич О. А. Проблеми обмеження договірної саморегуляції. *Договір як універсальна форма правового регулювання* : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. Івано-Франківськ : ДВНЗ «Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника», 2018. С. 5.

³ Спасибо-Фатєєва І. В. Цивілістика: на шляху формування доктрин : вибр. наук. праці. Харків : Золоті сторінки, 2012. 696 с.

⁴ Вінник О. Акціонерні угоди. *Юрид. Україна. Шляхи вдосконалення прав. системи України*. 2010. №5. С. 24.

корпоративний договір не існує нарівні зі статутом та не може вирішувати питання, які можуть бути вирішені лише за законом або статутом товариства. Корпоративний договір не торкається сфери дії норм корпоративного права, зокрема, не може змінювати структуру корпоративного управління, не впливає на дійсність рішень органів товариства, компетенцію і порядок формування останніх, а також не може змінювати порядок голосування¹.

Проте у вітчизняному законодавстві відсутні нормативні приписи, спрямовані надати відповідь на питання, яке досить гостро постає у правозастосовній практиці, а саме: «Як співвідноситься можливість врегулювання корпоративних відносин між учасниками товариства корпоративним договором, статутом і нормами законодавства?». У зв'язку з цим вирішення питання про співвідношення імперативних і диспозитивних норм корпоративного законодавства, про співвідношення дії закону, статуту і договору на врегулювання корпоративних відносин має вирішуватися у кожному конкретному випадку виходячи із правила про те, що «домовленості, що визначені корпоративним договором, не повинні порушувати імперативні приписи закону та положення установчих документів товариства», що потрібно законодавчо закріпити з метою забезпечення прозорості корпоративного управління через механізм корпоративного договору. Тому, враховуючи ст. 6 ЦК України, сторони корпоративного договору мають право врегулювати у договорі свої відносини, які не врегульовані законом і статутом товариства, відступити від положень закону і статуту та врегулювати свої відносини на власний розсуд, крім випадків, коли в законі діє імперативна норма, а в статуті прямо вказано про таку неможливість.

Водночас виникає низка зауважень до ч. 5 ст. 7 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», відповідно до якої зміст корпоративного договору не підлягає розкриттю і є конфіденційним, якщо інше не встановлено законом або договором². Хоча

¹ Корпоративне право України: проблеми теорії та практики : монографія / В. А. Васильєва, А. В. Зеліско, В. В. Луць, І. Б. Саракун, Л. В. Сішук [та ін.] ; за заг. ред. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ, 2017. С. 228.

² Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю : Закон України від 6 лют. 2018 р. №2275-VIII. *Відом. Верхов. Ради України*. 2018. №13. Ст. 69. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275-19> (дата звернення: 28.07.2020).

зазначена норма має диспозитивний характер і дає можливість в договорі передбачити інше, втім навряд чи на практиці це зумовить намір сторін розкривати зміст договору для інших учасників товариства, особливо у разі укладення корпоративного договору на першочергове задоволення приватних інтересів кількох учасників чи певної групи учасників на противагу корпоративному інтересу товариства чи на шкоду інтересам товариства.

О. С. Яворська з цього приводу зазначає, що домовленості, які фіксуються у корпоративному договорі, звичайно впливають на прийняття рішень вищим органом юридичної особи. А юридична особа позбавлена будь-якої можливості знати як про факт, так і про зміст укладеного договору. Безперечно, що зміст договору є конфіденційним для сторонніх до корпорації осіб. Але чи може він бути таким для інших учасників корпорації, які не взяли участі у такому договорі, та й для самої корпорації?¹ Вважаємо, відповідь на це питання має бути чіткою і спрямованою на можливість інформування всіх учасників товариства та самого товариства щодо факту укладення корпоративного договору, а у разі звернення таких суб'єктів корпоративного правовідношення до сторін корпоративного договору з вимогою про ознайомлення з його змістом та задоволення зазначених вимог. Що стосується третіх осіб, які не є учасниками товариства, то, звичайно, зміст договору має бути конфіденційним, якщо інше не передбачено законом чи установчими документами. Зазначені пропозиції варто було б врахувати у нормах законів України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», «Про акціонерні товариства» та у проекті Закону України «Про акціонерні товариства», зареєстрованого у Верховній Раді України.

Разом із тим Законом України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» передбачено, що корпоративний договір, стороною якого є держава, територіальна громада, державне або комунальне підприємство або юридична особа, у статутному капіталі якої 25 і більше відсотків якої прямо або опосередковано належить

¹ Яворська О. С. Корпоративний договір у механізмі корпоративного управління. *Адаптація корпоративного законодавства України до права Європейського Союзу* : зб. наук. пр. за матеріалами Міжнар. наук.-практ. конф. / за ред. В. В. Луця. Івано-Франківськ, 2016. С. 289.

державі або територіальній громаді, оприлюднюється протягом десяти днів з моменту його укладення шляхом розміщення на сайті відповідного органу державної влади, органу місцевого самоврядування¹. Такі ж положення дублюються й у ст. 29 проекту Закону України «Про акціонерні товариства» від 25 листопада 2019 р. №2493². З огляду на наведене у нормах законодавчих актів визначено різний правовий режим щодо поінформованості про зміст корпоративного договору залежно від сторони договору. Вважаємо, що такий законодавчий виклад норми зумовлює недотримання принципу рівності суб'єктів права власності, що визначений у ст. 13 Конституції України і ст. 318 ЦК України. Адже у контексті зазначених нормативних положень всі суб'єкти права власності можуть бути учасниками (засновниками) підприємницького товариства, на яких мають поширюватися одні і ті самі конституційно-правові та цивільно-правові принципи моделювання їх правового становища.

Утім законодавець цілеспрямовано посилив вимоги до одних суб'єктів правовідношення та пом'якшив – щодо інших. Хоча зазначені норми права є, на нашу думку, прогресивними, проте, як уже зазначалося, доцільно було б зобов'язати всіх учасників підприємницьких товариств інформувати про факт укладення і зміст корпоративного договору з тієї відмінністю, що учасники товариства – сторони корпоративного договору повинні здійснювати такий обов'язок тільки стосовно до учасників товариства – не сторін договору і самого товариства, а держава, територіальна громада, державне або комунальне підприємство або юридична особа, у статутному капіталі якої 25 і більше відсотків якої прямо або опосередковано належить державі або територіальній громаді, як сторона корпоративного договору, повинна виконувати такий обов'язок стосовно учасників товариства, самого товариства та третіх осіб.

Щодо суб'єктного складу – сторін корпоративного договору, то зі ст. 7 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»³ і ст. 26¹ Закону України «Про акціонерні

¹ Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю : Закон України від 6 лют. 2018 р. №2275-VIII. *Відом. Верхов. Ради України*. 2018. №13. Ст. 69. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275-19> (дата звернення: 28.07.2020).

² Там само.

³ Про акціонерні товариства : проект Закону України від 25.11.2019 №2493. URL:

товариства»¹ впливає, що сторонами корпоративного договору можуть бути виключно учасники підприємницького товариства. Втім у ч. 1 ст. 29 проекту Закону України «Про акціонерні товариства» від 25 листопада 2019 р. № 2493² вказується, що стороною корпоративного договору також може бути саме товариство та треті особи.

На наш погляд, висвітлена законодавча пропозиція потребує уточнення. Вдалим із цього приводу є твердження Ю. М. Жорнокуя, який зазначає, що можливість бути стороною договору кредиторам чи третім особам хоча й спрямована на забезпечення їх законних інтересів, але може призвести до негативних наслідків, а саме таких, як порушення корпоративних прав акціонерів особами, які не є учасниками акціонерних товариств, рейдерство, поглинання, корпоративні конфлікти³. Тому питання щодо суб'єктного складу цього договору варто переглянути, оскільки корпоративні договори, як правило, укладаються між учасниками (акціонерами) для вирішення поточних внутрішньокорпоративних завдань підприємницького товариства, що спрямовані насамперед на задоволення корпоративного інтересу компанії. У цьому аспекті залежно від взаємодії таких учасників (акціонерів) і кредиторів (третьох осіб) їх вимоги мають регулюватися іншими договірними конструкціями або законом.

Звичайно, значна кількість корпоративних юристів окремих компаній схвалюють такі пропозиції змін до чинного законодавства, мотивуючи це тим, що корпоративна спільнота більшості європейських країн застосовує корпоративні (акціонерні) договори як гнучкий механізм правового регулювання у сфері корпоративного управління, закріплений іноземним законодавством. Але тут слід враховувати, що застосування аналогічних норм у вітчизняному законодавчому полі є дещо ризиковим. Адже ефективна система корпоративного управління іноземних компаній побудована не стільки завдяки законодавчим нормам, скільки через детально опрацьовані і розроблені установчі документи та інші корпоративні акти, такі як кодекси корпоративного управління і правила корпоративної етики (етичні кодекси), на поло-

http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67468 (дата звернення: 28.07.2020).

¹ Про акціонерні товариства : Закон України від 17 верес. 2008 р. № 514-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/514-17> (дата звернення: 28.07.2020).

² Там само.

³ Жорнокуй Ю. М. Способы предупреждения корпоративных конфликтов в акционерных обществах : монография. Харьков : Право, 2017. С. 111.

женнях яких й визначаються умови корпоративних (акціонерних) договорів в іноземних компаніях, що навряд чи можна сказати про більшість українських підприємницьких товариств.

Дискусійним також є питання про можливість укладення договору між підприємницьким товариством і учасниками (акціонерами). З цього приводу варто погодитися з міркуванням І. В. Спасибо-Фатеевої: «якщо в такому договорі визначатимуться права і обов'язки акціонерного товариства, то у разі порушення ним договору в судовому порядку не можна буде захистити права акціонерів»¹. Більше того, мета укладення корпоративного договору має полягати у реалізації корпоративних прав із прив'язкою до забезпечення ефективного внутрішньокорпоративного управління та/або задоволення власних корпоративних інтересів учасників (акціонерів) підприємницького товариства.

Не менш важливо звернути увагу й на питання відповідальності сторін корпоративного договору. Адже, для прикладу, у цивільному праві здійснення суб'єктивних цивільних прав супроводжується дотриманням особою принципів, меж та форм, що визначаються законодавством. Вступаючи у цивільні правовідносини особа реалізує суб'єктивне право, якому кореспондує обов'язок іншої особи вчинити певні дії або утриматися від їх вчинення. У разі порушення нормативних приписів, що визначають порядок здійснення суб'єктивних цивільних прав та/або невиконання кореспондуючих обов'язків виникає потреба у їх захисті в передбаченому законом порядку, тобто за допомогою застосування належної форми, засобів і способів захисту, зокрема й заходів цивільно-правової відповідальності².

Не вдаючись до детального аналізу поняття відповідальності, в тому числі цивільно-правової, варто погодитися з науковим твердженням, що цивільно-правову відповідальність необхідно розглядати крізь призму охоронного правовідношення. Ю. В. Соколовська зазначає, що така відповідальність реалізується в рамках державного примусу шляхом звернення до юрисдикційних органів, але водночас доводить, що

¹ Спасибо-Фатеева І. В. Цивілістика: на шляху формування доктрин : вибр. наук. пр. Харків : Золоті сторінки, 2012. С. 179.

² Сішук Л. В. Відповідальність учасників підприємницьких товариств за порушення корпоративного договору. *Приватне право і підприємництво* : зб. наук. пр. / редкол.: О. Д. Крупчан (гол. ред.) та ін. Київ : Наук.-дослід. ін-т приват. права і підприємництва ім. Ф. Г. Бурчака Нац. акад. прав. наук України, 2020. Вип. 20. С. 147–148.

цивільно-правова відповідальність може настати для боржника й в добровільному порядку, оскільки відповідно до загальних засад, закріплених у ст. 3 і ч. 3 ст. 509 ЦК України, суб'єкти цивільних правовідносин мають право вільно, на власний розсуд, обирати лінію належної поведінки й добровільно брати на себе відповідальність у разі порушення принципів реального і належного виконання зобов'язання¹.

Разом із тим у літературі правові засоби, які можуть застосовуватися у зв'язку із здійсненням особою протиправного діяння, порушенням суб'єктивного права і (або) законного інтересу, поділяють на три групи: заходи, що зачіпають виключно права потерпілого, наприклад, визнання права; заходи, що зачіпають як сферу потерпілого, так і сферу правопорушника, наприклад, відшкодування збитків, стягнення неустойки, присудження до виконання обов'язку в натурі; заходи, що зачіпають виключно сферу правопорушника, наприклад, позбавлення права. Перша група правових засобів включає тільки заходи захисту. Друга група включає і заходи захисту, і заходи відповідальності. Засоби, віднесені до третьої групи, є заходами відповідальності².

Тому ключовим питанням при визначенні способів захисту суб'єктивних прав і охоронюваних законом інтересів є розмежування заходів захисту і заходів відповідальності у разі виникнення потреби їх застосування. О. О. Кот перспективною вважає ідею функціонально-цільового критерію для розмежування мір відповідальності та інших заходів захисту суб'єктивних цивільних прав, з урахуванням того, що метою відповідальності не є покарання правопорушника. Якщо відновлювальна функція інших заходів захисту полягає у відновленні порушеного суб'єктивного права, то аналогічна функція цивільно-правової відповідальності виконує компенсаційну функцію і стосується не самого порушеного права, а майнової сфери потерпілого³. Ю. В. Соколовська також вказує, що основна функція заходів захисту полягає в забезпеченні, стимулюванні належного виконання обов'язків учасниками цивільного обороту до моменту вчинення правопорушення або до моменту

¹ Соколовська Ю. В. Учасники підприємницьких товариств як суб'єкти цивільно-правової відповідальності у корпоративних відносинах : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Івано-Франківськ, 2019. С. 7.

² Бігняк О. В. Цивільно-правовий захист корпоративних прав в Україні : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». Одеса, 2018. С. 159.

³ Кот О. О. Проблеми здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2017. С. 239.

його припинення. Відповідальність є додатковим обтяженням і не може замінювати первісний обов'язок на новий. У зв'язку з цим заходи захисту і заходи цивільно-правової відповідальності охоплюються поняттям «способи захисту», що не поглинають, а доповнюють одне одного¹. Варто погодитися з наведеними твердженнями, адже, для прикладу зазначеного, згідно з ч. 1 ст. 552 ЦК України сплата (передання) неустойки не звільняє боржника від виконання свого обов'язку в натурі².

Щодо способів захисту корпоративних прав, то О. В. Бігняк зазначає, що їх перелік містить як загальні способи (наприклад, визнання недійсними правочинів), так і спеціальні способи захисту (наприклад, примусове виключення зі складу учасників, витребування акцій з незаконного володіння), які передбачені в окремих правових нормах та відображають специфіку корпоративних прав³. Оскільки корпоративні права реалізуються учасниками підприємницьких товариств у внутрішніх відносинах компанії через їх вплив на корпоративне управління, а способи здійснення корпоративних прав визначаються не тільки законом, але й внутрішніми локальними актами та корпоративними договорами, то доцільно розглянути питання про те, які саме заходи цивільно-правової відповідальності можуть бути застосовані при порушенні умов корпоративного договору. Адже зазначені договори укладаються між учасниками підприємницького товариства з метою створення сприятливих умов щодо здійснення своїх корпоративних прав та/або забезпечення ефективного та прозорого управління в товаристві, забезпечення корпоративного контролю, врегулювання корпоративних конфліктів тощо.

В юридичній літературі зазначено, що в наш час у колективів корпорацій є всі передумови, щоб наповнити свої правові норми власним вольовим змістом. Підставою для цього є законодавче закріплення презумпції «дозволено все, що не заборонене». Багато питань, як зазначає Ю. М. Жорнокуй, що виникають у процесі діяльності товари-

¹ Соколовська Ю. В. Учасники підприємницьких товариств як суб'єкти цивільно-правової відповідальності у корпоративних відносинах : автореф. дис. н. ... канд. юрид. наук. Івано-Франківськ, 2019. С. 7.

² Цивільний кодекс України: від 16.01.2003 № 435-IV. *Відом. Верхов. Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 28.07.2020).

³ Бігняк О. В. Цивільно-правовий захист корпоративних прав в Україні : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». Одеса, 2018. С. 161.

ства, не можуть бути врегульовані в рамках статуту¹. Тому варто погодитися з М. С. Федорко, що інститут корпоративного договору може бути досить дієвим інструментом вирішення внутрішніх конфліктів при здійсненні управління підприємством, і його закріплення у вітчизняному законодавстві є позитивним кроком².

При цьому М. К. Галянтич вказує, що корпоративні договори не можуть змінювати корпоративну структуру, порядок прийняття корпоративних рішень, встановлені корпоративні правила, оскільки вони визначаються правопорядком в розрахунку на третіх осіб. Їх умови не можуть суперечити законодавчим заборонам, природі договірних відносин або суспільним інтересам³. Відповідно і наслідком їх порушення є заходи цивільно-правової відповідальності за невиконання або неналежне виконання таких зобов'язань у вигляді відшкодування збитків, способів забезпечення виконання зобов'язань, що впливають із такого договору⁴.

У зв'язку з цим, як правильно зазначає Н. В. Щербакова, практичним залишається питання відповідальності за порушення змісту (умов) корпоративного договору⁵. Адже предмет корпоративного договору є комплексним, в якому необхідно врахувати всі складові: відповідні права та повноваження учасників; правові рамки обмеження прав та обов'язків; правила поведінки, за якими відбувається здійснення та реалізація таких прав та повноважень⁶. Зокрема, Ю. М. Жорнокуй зауважує, що особливе місце у разі укладення корпоративного догово-

¹ Жорнокуй Ю. М. Окремі питання застосування категорії «акціонерний договір». *Корпоративні правочини* : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф., 27–28 верес. 2013 р. Івано-Франківськ : Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника, 2013. С. 85.

² Федорко М. С. Відповідальність за порушення корпоративного договору: окремі зауваження. *Правовий захист корпоративних прав за законодавством України та країн Європейського Союзу* : зб. наук. пр. за матеріалами XVII Міжнар. наук.-практ. конф. НДІ приват. права і підприємництва ім. акад. Ф. Г. Бурчака НАПрН України / за ред. В. В. Луця. Івано-Франківськ, 2019. С. 242.

³ Галянтич М. К. Законодавство України про корпоративні договори між учасниками товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю. *Корпоративне право України та країн Європейського Союзу: новели законодавства* : зб. наук. пр. за матеріалами XVI Міжнар. наук.-практ. конф. / за ред. В. В. Луця. Івано-Франківськ, 2018. С. 47.

⁴ Там само. С. 48.

⁵ Щербакова Н. В. Питання змісту корпоративного договору. *Право і суспільство* : міжнар. журн. Івано-Франківськ : Фоліант, 2018. Вип. 8. С. 127.

⁶ Там само. С. 130.

ру займає так звана «тупикова ситуація». У загальних рисах її можна охарактеризувати як неможливість досягнення акціонерами згоди за ключовими моментам діяльності АТ¹.

У п. 10.5 зразкового Кодексу корпоративного управління для приватних і сімейних компаній в Україні зазначено, що у разі виникнення корпоративного конфлікту між акціонерами, кожний з яких володіє значним пакетом акцій (більш як 25%) щодо ключових питань діяльності Компанії (формування органів управління, використання прибутку, визначення стратегії розвитку Компанії тощо) виникає суттєва загроза як для нормального здійснення операційної діяльності Компанії, так і для її репутації. Слід розуміти, що чи не єдиним шляхом вирішення такого конфлікту є продаж однією з сторін належних їй акцій за справедливою ціною. З метою практичної реалізації такого механізму Компанія та її акціонери, що володіють значними пакетами акцій, повинні заздалегідь визначити та зафіксувати у внутрішніх нормативних документах та/або акціонерних угодах визначення так званої «тупикової ситуації» та порядок дій у разі її виникнення². У зазначеному Кодексі також окреслено можливі варіанти вирішення корпоративного конфлікту, а саме в п. 10.7 вказано, що у разі виникнення «тупикової ситуації» сторони конфлікту можуть бути зобов'язані: протягом певного строку провести переговори за обов'язкової особистої участі кінцевих бенефіціарів щодо можливості розподілу активів та зобов'язань Компанії таким чином, щоб не завадити її бізнесу та не порушити інтересів інших акціонерів; у разі, якщо переговори не призведуть до вирішення конфлікту, будь-який із акціонерів, що володіє більш як 25% акцій Компанії, може запропонувати будь-якому іншому акціонерові, що володіє більш як 25% акцій Компанії, придбати в нього належний йому пакет акцій Компанії. Акціонер, що отримав таку пропозицію, повинен у певний строк укласти угоду про придбання та у повному обсязі виконати її умови або продати акціонерові, що звернувся з пропозицією, весь власний пакет акцій Компа-

¹ Жорнокуй Ю. М. Окремі питання застосування категорії «акціонерний договір». *Корпоративні правочини* : матеріали Всеукр. наук.-практ. конференції, 27–28 верес. 2013 р. Івано-Франківськ : Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника, 2013. С. 84.

² Окунев О. Корпоративне управління в приватних та сімейних компаніях : посібник. Київ : МІБ, 2012. С. 38.

нії на умовах пропозиції (укласти угоду та у повному обсязі виконати її умови)¹.

І. В. Спасибо-Фатєєва зазначає, що одним із прикладів таких ситуацій є ігнорування акціонерами скликання загальних зборів і недопустимість за українським законодавством знижувати вимоги до кворуму, що перешкоджає діяльності АТ та вимагає врегулювання «тупикових ситуацій» («deadlocks»). Серед способів, якими досягається розв'язання проблем, найбільш поширеним є Russian roulette (російська рулетка) – акціонер, який не може дійти згоди з іншим акціонером (як правило, це власники значних пакетів акцій) стосовно питань управління, направляє останньому пропозицію про покупку його пакету акцій. Реакція на таку пропозицію може бути у вигляді обрання однієї з двох моделей: продати свій пакет акцій на запропонованих умовах або, навпаки, викупити в акціонера оферента його пакет на тих самих умовах².

Якщо звернутися до норм законів, у яких містяться положення про корпоративні договори, то прямих вказівок щодо можливості застосування таких спеціальних заходів цивільно-правової відповідальності, спрямованих на майнове позбавлення порушника корпоративних прав, не передбачено. Більше того, тільки у ч. 6 ст. 26¹ Закону України «Про акціонерні товариства»³ визначено, що договором між акціонерами можуть передбачатися способи забезпечення виконання зобов'язань, що випливають з такого договору, та заходи цивільно-правової відповідальності за невиконання або неналежне виконання таких зобов'язань. Крім того, у п. 7 цієї статті Закону вказано право сторін договору між акціонерами вимагати відшкодування завданих збитків, стягнення неустойки (штрафу, пені), виплати компенсації (фіксованої грошової суми або суми, що підлягає визначенню в порядку, передбаченому договором між акціонерами). У Законі України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» такі положення взагалі відсутні. Тому положення про визначення обов'язку продати акції (частки) чи викупити акції (частки) може міститися в локальних документах товариства

¹ Окунев О. Корпоративне управління в приватних та сімейних компаніях : посібник. Київ : МІБ, 2012. С. 39.

² Спасибо-Фатєєва І. В. Цивілістика: на шляху формування доктрин : вибр. наук. пр. Харків : Золоті сторінки, 2012. С. 177.

³ Про акціонерні товариства : Закон України від 17 верес. 2008 р. № 514-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/514-17> (дата звернення: 28.07.2020).

та/або корпоративному договорі, оскільки це не суперечить ЦК України та відповідає положенням ч. 7 ст. 26¹ Закону України «Про акціонерні товариства» про застосування інших заходів відповідальності у зв'язку з порушенням умов договору.

Прикладом практичного застосування таких спеціальних заходів відповідальності можна навести акціонерну угоду від 21 лютого 2006 р., що була укладена між ПАТ «Авіакомпанія “Міжнародні авіалінії України”» та Swissport International Ltd, згідно з п. 10.1.1 якої встановлено, що дія не обмежена за терміном та угода залишається чинною до моменту ліквідації товариства, та згідно п. 9.2.1. – у разі, якщо невиконання за визначеними підпунктами угоди не усунуто протягом 30 днів, відведених на усунення невиконання, сумлінний учасник матиме можливість, але не зобов'язаний, купити всю частку власності не виконуючого учасника за ціною, яка дорівнює справедливій ринковій ціні. У справі № 5011–62/8101–2012 за позовом ПАТ «Авіакомпанія “Міжнародні авіалінії України”» до Swissport International Ltd. та ТОВ «Свіспорт Україна» (в подальшому «ІНТЕРАВІА») про визнання договору частково недійсним прийнято рішення позовні вимоги ПАТ «Авіакомпанія “Міжнародні авіалінії України”» задовольнити частково та укласти договір купівлі-продажу частки у статутному капіталі між Swissport International Ltd. та ПАТ «Авіакомпанія «Міжнародні Авіалінії України» на визначених у судовому рішенні умовах¹.

Утім для українського цивільного законодавства, коли йде мова про заходи цивільно-правової відповідальності, як уже зазначалося вище, більш притаманними є заходи, що стосуються грошових виплат, як-то: відшкодування збитків, сплата неустойки, виплата грошової компенсації. Відшкодування збитків займає особливе місце серед форм цивільно-правової відповідальності. За загальним правилом, боржник зобов'язаний відшкодувати кредиторів збитки у повному обсязі. Стягнення неустойки застосовується незалежно від наявності збитків. Розмір цього заходу відповідальності на відміну від збитків не підлягає доведенню і має яскраво виражений характер. Зазвичай встановлюється у законі або конкретизується у договорі. Неустойка вважається способом забезпечення виконання зобов'язань і мірою відповідальності у разі невиконання або неналежного виконання зобов'язань.

¹ Постанова Київського апеляційного господарського суду від 25.09.2014 р. Справа № 5011–62/8101–2012.

У контексті застосування зазначених заходів цивільно-правової відповідальності у разі порушення суб'єктивного корпоративного права більшість вчених висловлюють позицію, що їх складно застосувати у практиці. Зокрема, І. В. Спасибо-Фатєєва зазначає, що збитки проблематично довести через визначення витрат і насамперед не отриманих доходів, тим паче, якщо ця угода стосується не майна, а організаційних прав акціонера, а неустойка – дуже сумнівно, оскільки навряд чи взагалі в таких угодах може передбачатися, бо вони по суті не мають майнового характеру¹.

У юридичній літературі вказується, що саме компенсація як спосіб забезпечення виконання корпоративного договору вбачається більш переважним. Н. В. Щербакова зазначає, що наявність у корпоративному договорі умови про компенсацію в твердій сумі як способу забезпечення його виконання не дозволить суду знизити розмір договірної неустойки згідно з ч. 3 ст. 551 ЦК України, а також не потребує доведення розміру спричинених збитків². М. С. Федорко також дотримується зазначеної позиції, вказуючи, що специфіка предмета корпоративних договорів, немайновий характер зобов'язання, зумовленого зазначеним договором, є тими чинниками, які практично унеможливають оцінку наслідків такого порушення у грошовій формі. Так, при порушенні домовленості голосувати у визначений корпоративним договором спосіб, доказати як самі збитки, так і обґрунтувати їх розмір виявляється практично неможливим³.

У цілому погоджуючись із вказаними твердженнями, варто зауважити, що узагальнити кількість укладених корпоративних договорів у практичній сфері та визначити доцільність застосування тих чи інших заходів цивільно-правової відповідальності за такими договорами можливо тільки за результатами розгляду таких справ у судах. Втім наявність значної кількості таких корпоративних спорів навряд чи

¹ Спасибо-Фатєєва І. В. Цивілістика: на шляху формування доктрин : вибр. наук. пр. Харків : Золоті сторінки, 2012. С. 181.

² Щербакова Н. В. Питання змісту корпоративного договору. *Право і суспільство* : міжнар. журн. Івано-Франківськ : Фоліант, 2018. Вип. 8. С. 128.

³ Федорко М. С. Відповідальність за порушення корпоративного договору: окремі зауваження. *Правовий захист корпоративних прав за законодавством України та країн Європейського Союзу* : зб. наук. пр. за матеріалами XVII Міжнар. наук.-практ. конф. НДІ приват. права і підприємництва ім. акад. Ф. Г. Бурчака НАПрН України / за ред. В. В. Луця. Івано-Франківськ, 2019. С. 242.

можливо вказати. Водночас поодинокі приклади з судової практики можна назвати.

Зокрема, згідно з Постановою Вищого господарського суду України від 3 червня 2015 р. у справі №922/5191/14 про визнання недійсними пунктів договору судами першої та апеляційної інстанцій встановлено, що 23 вересня 2013 р. між ОСОБА_6 (Сторона 1) і ОСОБА_7 (Сторона 2), а також ТОВ «Завод покрівельних матеріалів «Акваізол» (Сторона 3) та ТОВ «Едельвейс» (Сторона 4) було укладено попередній договір, відповідно до умов якого ОСОБА_7 зобов'язується в строк не пізніше 27 грудня 2013 р. укласти з ОСОБА_6 основний договір купівлі-продажу корпоративних прав (частки у статутному капіталі) ТОВ «Едельвейс» на умовах, встановлених попереднім договором. Зі змісту п. 1.1 попереднього договору вбачається, що предметом основного договору купівлі-продажу корпоративних прав (частки у статутному капіталі) мали бути корпоративні права у розмірі 50% статутного капіталу та інші корпоративні права ТОВ «Едельвейс». Зазначена частка у статутному капіталі належить ОСОБА_6 на підставі статуту ТОВ «Едельвейс» (нова редакція). Відповідно до п. 4. 2 попереднього договору від 23 вересня 2013 р. у разі, якщо основний Договір купівлі-продажу корпоративних прав (частки у статутному капіталі) у розмірі 50% статутного капіталу ТОВ «Едельвейс» не буде укладено у термін до 27 грудня 2013 р., у зв'язку з будь-якими діями Сторін, направленими на ухилення від укладення та нотаріального посвідчення основного договору купівлі-продажу корпоративних прав (частки у статутному капіталі) та/або договорів поруки, застави та іпотеки на викладених у цьому попередньому договорі умовах, то Сторона, яка ухиляється, зобов'язана сплатити іншій стороні штраф у розмірі 10% від суми грошового забезпечення, зазначеного у п. 1.2 розділу I цього договору, в строк не пізніше 15 січня 2014 р.¹

Хоча у зазначеній справі йде мова про попередній договір, визначений ст. 635 ЦК України, адже на момент укладення договору на законодавчому рівні не передбачалася можливість укладення корпоративного договору між учасниками ТОВ, проте попередній договір містив ознаки корпоративного договору. Наприклад, відповідно до ч. 3 ст. 7

¹ Постанова Вищого господарського суду України від 3 червня 2015 р. у справі №922/5191/14. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/44724062> (дата звернення: 28.07.2020).

Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» корпоративний договір може передбачати умови або порядок визначення умов, на яких учасник має право або зобов'язаний купити або продати частку у статутному капіталі (її частину), а також визначати випадки, коли таке право або обов'язок виникає¹.

Як вбачається, наведений приклад із судової практики є свідченням того, що такий захід цивільно-правової відповідальності, як сплата неустойки, може мати місце у практичному застосуванні, якщо предметом корпоративного договору є корпоративні права, що мають бути куплені та/або продані на умовах, визначених учасниками товариства – сторонами корпоративного договору, у разі недотримання цих умов чи порядку їх виконання такими суб'єктами, адже у цьому випадку акцент ставиться на майнову складову корпоративних прав.

Якщо звернутися до норм іноземного законодавства, то, для прикладу, типовий зміст акціонерних угод за швейцарським правом визначається колом питань, про які йдеться, й про наперед визначені збитки на випадок порушення договору акціонерів. Саме в угоді прийнято передбачати санкції для акціонерів-порушників, що можуть бути застосовні у випадку наявності факту порушення, навіть за відсутності економічних втрат. До таких санкцій віднесено обов'язок виплатити певну грошову суму, передати визначену річ чи надати певну послугу, відмовитися від певного права чи його здійснення, продати свої акції іншим акціонерам. Ці санкції заслуговують на увагу і, можливо, запозичення у вітчизняну практику акціонерних угод. Застосовуються також штрафні санкції, хоча суд вправі їх зменшувати, якщо вважатиме надмірними².

Таким чином, учасниками підприємницького товариства – сторонами корпоративного договору за порушення умов цього договору можуть бути використані загальні заходи цивільно-правової відповідальності, як то відшкодування збитків, виплата неустойки чи виплата грошової компенсації, та спеціальні заходи – купівля-продаж, продаж акцій / часток у статутному капіталі, умови застосування яких слід прямо закріплювати у статуті товариства та/або корпоративному договорі. Щодо

¹ Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю : Закон України від 6 лют. 2018 р №2275-VIII. *Відом. Верхов. Ради України*. 2018. №13. Ст. 69. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275-19>.

² Нецька Л. С. Про акціонерні товариства. *Корпоративні правочини* : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф., 27–28 верес. 2013 р. Івано-Франківськ : Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника, 2013. С. 77.

загальних заходів цивільно-правової відповідальності, то такі санкції, як сплата неустойки чи відшкодування збитків доцільно застосовувати, якщо корпоративним договором визначається порядок управління майновими корпоративними правами, виплата грошової компенсації – при управлінні немайнновими (організаційними) правами¹.

Отже, розглянувши основи законодавчого регулювання відносин, що впливають з корпоративного договору, приходимо до таких висновків: 1) корпоративний договір є родовим поняттям, що визначається як домовленість учасників юридичної особи корпоративного типу щодо управління корпоративними правами та щодо реалізації корпоративних прав у визначений спосіб для досягнення цілей, що не суперечать закону та установчим документам; 2) предметом корпоративного договору варто визначати корпоративні права учасників юридичної особи корпоративного типу, щодо яких здійснюється управління і які реалізуються способами, визначеними домовленістю сторін договору; 3) зміст корпоративного договору не повинен суперечити нормам закону та положенням установчих документів товариства; 4) зміст корпоративного договору повинен бути конфіденційним виключно для третіх осіб, за винятком випадків, коли стороною корпоративного договору є держава, територіальна громада, державне або комунальне підприємство або юридична особа, у статутному капіталі якої 25 і більше відсотків якої прямо або опосередковано належить державі або територіальній громаді; 5) сторони корпоративного договору повинні інформувати підприємницьке товариство та його учасників, що не є стороною договору, про факт укладення і про зміст корпоративного договору, в тому числі у разі їх особистого звернення з такою вимогою до сторін корпоративного договору, що слід закріпити на законодавчому рівні; 6) відповідальність сторін за корпоративним договором може включати загальні та/або спеціальні заходи цивільно-правової відповідальності, що визначені законом та/або корпоративним договором.

¹ Сішук Л. В. Відповідальність учасників підприємницьких товариств за порушення корпоративного договору. *Приватне право і підприємництво* : зб. наук. пр. / редкол.: О. Д. Крупчан (гол. ред.) та ін. Київ : Наук.-дослід. ін-т приват. права і підприємництва ім. акад. Ф. Г. Бурчака Нац. акад. прав. наук України, 2020. Вип. 20. С. 151; Сішук Л. В. Заходи цивільно-правової відповідальності за порушення умов корпоративного договору. *Модернізація цивільно-правової відповідальності. Матвеевські цивілістичні читання* : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 18 жовт. 2019 р.) / Р. А. Майданик, Цюра та ін. ; відп. ред. Р. А. Майданик. Київ, 2019. С. 266.

7.4. Договірний порядок припинення господарських товариств

Правовідносини припинення господарських товариств є комплексними. До складу означених відносин, зокрема, належать і договірні правовідносини. Разом із тим наявність договірних відносин у складі правовідносин припинення з правонаступництвом можна вважати єдиним усталеним питанням у досліджуваній сфері.

Так, у цивілістиці досліджуються такі договірні конструкції у означених відносинах, як: 1) припинення з правонаступництвом як правочин (договір) особливого типу¹; 2) розкриття правової природи окремих форм припинення з правонаступництвом (злиття та приєднання) як відповідного правочину (отожнення злиття (приєднання) із відповідними договорами)²; 3) договори про злиття та приєднання, що укладаються під час припинення з правонаступництвом на підставі Закону України «Про акціонерні товариства»; Закон України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» (реорганізаційні договори; договори про реорганізацію; договори про припинення)³.

Відсутність усталених підходів до розуміння договорів, що опосередковують відносини припинення з правонаступництвом зумовлюють потребу їх подальшого наукового аналізу.

Найбільше «про договірний» підхід до припинення з правонаступництвом простежується у тлумаченні правової природи наведеного інституту як особливої форми договору (або правочину), предметом

¹ Козлова Н. В. Правосубъектность юридического лица. Москва : Статут, 2005; Архипов Б. П. Юридическая природа фактического состава, опосредующего реорганизацию акционерного общества. *Законодательство*. 2002. № 3. С. 60; Баев С. А. Реорганизация акционерного общества как крупная сделка и (или) сделка с заинтересованностью. *Акционер. общество. Вопросы корпоратив. управления*. 2004. № 5. С. 70.

² Що можна вважати підвидом підходу, за якого припинення з правонаступництвом тлумачиться як правочин. Проте за такого підходу правочином вважається не будь-яке припинення з правонаступництвом, а лише такі його види, як злиття та приєднання.

³ Див., наприклад: Жорнокуй Ю. М. Окремі питання договорів про реорганізацію юридичної особи. *Вісник ХНУВС*. 2016. № 3 (74). С. 195–204; Муравська Ю. В. Правова природа реорганізаційних договорів. *Актуал. проблеми держави і права*. 2009. С. 438–444.

якого є майновий комплекс¹. За такого підходу «реорганізаційний» договір вважається подібним до договору купівлі-продажу та оренди майнових комплексів, але має дуалістичний характер, який виявляється: у 1) реалізації принципу правонаступництва між суб'єктами (товариствами, що реорганізуються); 2) особливому предметі такого правонаступництва – майновому комплексі².

Значимо, що означену концепцію можна поставити під сумнів із таких підстав.

По-перше, наявність майнового комплексу, як правило, не є юридичною вимогою до складу майна юридичної особи. Йдеться про потенційну наявність майна, яке як може бути в наявності у відповідній юридичної особи, так і не належати такій юридичній особі ані в момент припинення, ані в будь-який інший момент. Разом із тим така можлива (потенційна; необов'язкова) ознака припинення з правонаступництвом є основною підставою визначення правової природи реорганізації крізь призму правочину (договору).

По-друге, спільність об'єкта договору не є достатньою підставою віднесення різних за своєю природою договорів до єдиної групи. Так, за цитованого підходу, договір реорганізації угруповується з договором оренди та договором купівлі-продажу майнових комплексів. При цьому договори купівлі-продажу та оренди не є наближеними за правовою природою та змістом прав та обов'язків, що є предметом відповідних договорів.

Більше того, матеріальний об'єкт договору (майновий комплекс) є факультативною ознакою як договору оренди, так і договору купівлі-продажу, який не впливає на кваліфікацію означених правових конструкцій.

Отже, об'єднання договорів купівлі-продажу, оренди та «реорганізаційного» договору на підставі потенційної можливості збігу їх матеріального об'єкта є ситуативним. Крім того, таке об'єднання не сприяє ані встановленню правової природи «реорганізаційного» договору, ані висвітленню його характерних ознак.

¹ Архипов Б. П. Юридическая природа фактического состава, опосредующего реорганизацию акционерного общества. *Законодательство*. 2002. № 3. С. 59–62; Баев С. А. Реорганизация акционерного общества как крупная сделка и (или) сделка с заинтересованностью. *Акционер. общество. Вопросы корпоратив. управления*. 2004. № 5.

² Архипов Б. П. Юридическая природа фактического состава, опосредующего реорганизацию акционерного общества. *Законодательство*. 2002. № 3. С. 59–62.

На нашу думку, наведене, а також принципово різний зміст аналізованих договорів (купівля-продаж; оренда та «реорганізація») унеможливує їх розгляд у межах єдиної (спільної) групи договорів.

Додамо, що майновий комплекс може бути об'єктом і інших договірних конструкцій, які, за означеною вище логікою, необхідно додати до відповідної групи договорів (договір підяду; договір про надання послуг; договір інжинірингу тощо).

Крім того, розкриття припинення з правонаступництвом крізь призму договірної конструкції (або конструкції правочину) має і інші вади. Йдеться, наприклад, про можливість застосування до відносин припинення з правонаступництвом такого способу захисту прав та охоронюваних законом інтересів, як визнання правочину недійсним¹ або поширення на відповідні відносини конструкції переведення боргу, що не узгоджується з природою припинення юридичних осіб².

Деякі автори поширюють означену «про договірну» конструкцію на окремі види (форми) припинення³. Водночас такий підхід викликає критичне ставлення з огляду на штучне розмежування правової природи різних форм припинення, адже правовідносини, що виникають під час різних видів припинення з правонаступництвом, є подібними.

У цьому контексті слід погодитись із Ю. М. Жорнокуєм, який вважає, що важливо врахувати неприпустимість ототожнення поняття «реорганізація» та «договори про реорганізацію юридичної особи», оскільки основним завданням реорганізації є не встановлення, зміна чи припинення цивільних прав і обов'язків, а зміна суб'єктного складу цивільних правовідносин⁴.

Як підсумок можна навести позицію В. А. Белова, який зазначає, що цивільне право розглядає угоду (правочин) як єдину та одномоментну дію, у той час як реорганізація не є такою дією, а уособлюється у низці юридично значимих дій. При цьому здійснення окремих

¹ У наукових працях подекуди висловлюються тези про можливість визнання недійсною реорганізації (а не, наприклад, рішення про реорганізацію), що не виправдано для теорії та складно для юридичної практики, адже реорганізація є складним поняттям, для пояснення якого використовують такі поняття, як процедура (процес).

² Хоменко В. О. Переведення боргу при реорганізації господарського товариства. *Вісн. Нац. акад. прав. наук України*. Т. 25, № 3. 2018. С. 121–131.

³ Радыгин А. Д., Энтов Р. М. Проблемы слияния и поглощения в корпоративном секторе. Москва : Ин-т экономики переход. периода, 2002. 177 с.

⁴ Жорнокуй Ю. М. Окремі питання договорів про реорганізацію юридичної особи. *Вісник ХНУВС*. 2016. № 3 (74). С. 196.

з означених дій поєднане із власними (самостійними) цивільно-правовими наслідками (наприклад, укладення договору про злиття чи приєднання), у той час як інші дії (наприклад, складення передавального акта чи розподільчого балансу) не зумовлюють самостійних правових наслідків¹.

Іншою договірною конструкцією, застосовною в межах припинення з правонаступництвом, є договори про злиття та приєднання, врегульовані ст. 81 Закону України «Про акціонерні товариства» (договір про злиття (приєднання) акціонерних товариств та план поділу (виділу, перетворення) акціонерного товариства) та ст. 53 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» (договір про припинення товариства).

Попри дещо різні назви таких договорів (реорганізаційні договори²; договори про реорганізацію³; договори про припинення), види та зміст означених договорів можна вважати усталеними. Як зазначалося, йдеться про договори злиття (приєднання), що укладаються під час відповідних видів припинення акціонерних товариств та товариств з обмеженою (додатковою) відповідальністю.

Водночас можна стверджувати про наявність окремих дискусійних питань у розумінні договорів про припинення. Йдеться, передусім, про визначення правової природи наведених договорів, тобто у визначенні родового поняття, до якого належать відповідні правові конструкції.

Хоча означене питання досліджувалось у працях Ю. М. Жорнокуя, Н. В. Козлової, Д. В. Ломакіна, Ю. В. Муравської тощо, остаточного вирішення питання видової належності договорів про злиття (приєднання) не здійснено, що обумовлює необхідність подальших досліджень.

Ю. В. Муравська пропонує таку класифікацію підходів до визначення правової природи реорганізаційних договорів: 1) різновид договору про спільну діяльність; 2) різновид засновницького договору; 3) різновид договору про створення юридичної особи⁴.

¹ Корпоративное право. Актуальные проблемы теории и практики / под ред. В. А. Белова. Москва : Юрайт, 2009. С. 483.

² Муравська Ю. В. Правова природа реорганізаційних договорів. *Актуал. проблеми держави і права*. 2009. С. 438–444.

³ Жорнокуй Ю. М. Окремі питання договорів про реорганізацію юридичної особи. *Вісник ХНУВС*. 2016. № 3 (74). С. 195–204.

⁴ Муравська Ю. В. Правова природа реорганізаційних договорів. *Актуал. проблеми держави і права*. 2009. С. 439–442.

Детальний перелік підходів до видової належності договорів про злиття (приєднання) здійснено Ю. М. Жорнокуєм, а саме: 1) договори, що мають організаційно-майнову природу; 2) організаційні договори; 3) різновид договорів простого товариства; 4) установчі договори; 5) самостійні договори; 6) різновид угод про спільну діяльність; 7) угоди з майновим комплексом; 8) корпоративні організаційні акти; 9) непоіменовані договори¹.

Разом із тим для повнішого розуміння правової природи договорів про припинення необхідним видається виявлення взаємної кореляції означених підходів та їх систематизація.

Так, *організаційні договори та корпоративні організаційні акти* можна об'єднати в одну групу розуміння правової природи реорганізаційних договорів, адже, як зазначалося, договірна природа означених юридичних конструкцій є усталеною як у доктрині, так і у практиці². Кваліфікуючою ознакою належності до такого підходу є організаційний характер відносин, що виникають на підставі договорів злиття та приєднання.

З певною мірою умовності до цього підходу можна віднести тлумачення реорганізаційних договорів крізь призму їх *організаційно-майнової природи*. Зауважимо, що виникнення майнових правовідносин під час припинення юридичних осіб видається аксіоматичною тезою. Разом із цим слід врахувати і про інші види правовідносин, що виникають на підставі договорів злиття та приєднання. Йдеться, наприклад, про інформаційні відносини (право акціонерів на отримання інформа-

¹ Жорнокуй Ю. М. Окремі питання договорів про реорганізацію юридичної особи. *Вісник ХНУВС*. 2016. № 3 (74). С. 197.

² Слід окремо зауважити щодо відмови від тлумачення реорганізаційних договорів крізь призму договірної конструкції, здійснюваної А. А. Карліним (див.: Карлін А. А. Реорганізація акціонерного об'єднання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Москва, 2004. 25 с.) та певною мірою підтриманим Н. В. Козловою (див.: Козлова Н. В. Правосуб'єктність юридического лица. Москва : Статут, 2005). У цьому контексті слід погодитись із Ю. М. Жорнокуєм, який, аналізуючи означену позицію, доходить висновку про внутрішні суперечності висновків Н. В. Козлової, адже попри твердження про можливість передання окремих видів майна, прав та обов'язків під час злиття (приєднання) на підставі передавального акту, дослідниця доходить висновку, що перехід прав і обов'язків від одного суб'єкта до іншого має оформлюватись відповідним договором (див.: Жорнокуй Ю. М. Окремі питання договорів про реорганізацію юридичної особи. *Вісник ХНУВС*. 2016. № 3 (74). С. 197–198). При цьому Н. В. Козлова доходить висновку, що договір про злиття є цивільно-правовим договором (див.: Козлова Н. В. Правосуб'єктность юридического лица. М. : Статут, 2005. С. 171).

ції, передбаченої ч. 1 ст. 81 відповідного закону та об'єктивованої в проекті договору злиття (приєднання).

Водночас при тлумаченні правової природи логічним видається виокремлення системоутворюючих ознак, тобто таких ознак, за відсутності яких існування відповідних правовідносин втрачає свій зміст.

У такому контексті слід звернути увагу на відсутність легітимної вимоги наявності майна в окремих видів господарських товариств (зокрема, йдеться про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю), що зумовлює можливість виникнення ситуації, за якої майнові відносини не виникатимуть або принаймні матимуть другорядне значення.

При цьому наявність організаційних правовідносин є обов'язковою ознакою аналізованих правовідносин, яка не може бути нівельована за будь-яких фактичних обставин, за яких укладається відповідний договір.

В одну групу можна об'єднати і віднесення реорганізаційних договорів до установчих договорів та договорів про створення юридичної особи¹. Відразу зазначимо, що попри створення нової юридичної особи при злитті, віднесення реорганізаційних договорів до договорів про створення юридичної особи видається недоцільним з таких підстав.

По-перше, укладення договору про приєднання не зумовлює створення нової юридичної особи, що обумовлює некоректність віднесення реорганізаційних договорів як єдиного поняття до відповідної конструкції.

По-друге, роз'єднання реорганізаційних договорів на дві окремі конструкції (договір злиття та договір приєднання) з визначенням їх відмінної видової належності штучно розділяє споріднені правові конструкції, спільність яких є доволі традиційною як у доктрині, так і на практиці.

У цьому контексті складно погодитися із Ю. М. Жорнокуєм, який вважає, що права природа договорів про злиття (приєднання) різних видів господарських товариств, з погляду законодавця, істотно різнить-

¹ Означені договори не є тотожними, адже договір про створення юридичної особи та установчий договір співвідносяться як родові та видові поняття відповідно. Виокремлення установчого договору в окремий вид договорів про створення юридичної особи, як правило, здійснюється на підставі строку їх дії, адже строк дії реорганізаційних договорів обмежується державною реєстрацією створюваного внаслідок злиття або приєднання господарського товариства (див.: Спасибо-Фатеева И. В. Проблемы реорганизации акционерных обществ. *Предпринимательство, хозяйство и право*. 1999. № 5. С. 6–11).

ся¹. Додамо, що Законом України «Про акціонерні товариства» та Законом України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» не визначена правова природа договорів злиття та приєднання (договору про припинення).

Означеними законами врегульовано порядок та суб'єкта підготовки проекту договору про злиття (приєднання); обов'язкові відомості, що включаються до змісту такого договору (істотні умови); вимоги до пояснення до договору злиття (приєднання); обсяг інформаційних матеріалів, що стосуються відповідних договорів (ст. 81 Закону України «Про акціонерні товариства») та істотні умови договору про припинення (ст. 53 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»).

Окремо зауважимо, що Закон України «Про акціонерні товариства» видається деталізованішим. Разом із тим цитовані норми не суперечать одна одній (отже, не дають підстави для віднесення аналізованих конструкцій до різних видових категорій).

До того ж правове регулювання договорів злиття (приєднання) акціонерних товариств є тотожним, що підтверджує висновок щодо їх спільності. Принаймні в частині визначення їх правової природи.

При цьому не йдеться про ігнорування створення юридичної особи як наслідку злиття, водночас означена обставина не може тлумачитися як достатня для штучного поділу споріднених правових конструкцій.

По-третє, слід погодитись із Ю. В. Муравською, яка доводить відмінності між реорганізаційними договорами та договорами про створення юридичної особи крізь призму: 1) різного суб'єктного складу та 2) різних правових результатів².

На підставі викладеного можна констатувати такі групи підходів до визначення видової належності реорганізаційних договорів: 1) організаційні (організаційно-майнові) договори; 2) договори про створення юридичної особи; 3) договори простого товариства; 4) договори про спільну діяльність; 5) договори *sui generis*³.

¹ Жорнокуй Ю. М. Окремі питання договорів про реорганізацію юридичної особи. *Вісник ХНУВС*. 2016. №3 (74). С. 197.

² Муравська Ю. В. Правова природа реорганізаційних договорів. *Актуал. проблеми держави і права*. 2009. С. 442–443.

³ Виняток з цієї групи угод з майновим комплексом обумовлюється поширенням на виокремлення цієї групи договорів наведених вище аргументів щодо належності до аналогічної конструкції припинення з правонаступництвом (принаймні в частині аналізу об'єкта таких договорів – майнового комплексу – як системоутворюючої ознаки відповідної групи). Крім того, такий підхід можна вважати різновидом підходу, за якого реорганізаційні договори вважаються самостійною правовою конструкцією (*sui generis*).

Проаналізуємо окремі групи підходів. Так, окремі зауваження викликає віднесення реорганізаційних договорів до самостійних, таких, що *не мають видової належності в силу їх особливості (sui generis)*.

При цьому слід погодитися із тезою про наявність специфічних (особливих) ознак договорів про злиття та приєднання. Такі ознаки (укладення під час припинення з правонаступництвом; особливості змісту, суб'єктного складу та правової мети укладення) і слугують підставою їх легітимізації у чинному законодавстві (поіменованості), адже регулювання правовідносин, що є їх предметом, найоптимальніше у межах конструкції цивільно-правового договору. При цьому такий цивільно-правовий договір має специфічні риси. Водночас специфічність рис властива будь-якому цивільно-правовому договору, що є і підставою виокремлення таких договорів в окремі норми¹.

На нашу думку, самостійний характер будь-яких правових конструкцій недоцільно виокремлювати виключно на підставі наявності особливостей. Поширення особливого правового режиму на будь-який юридичний інститут має здійснюватися у разі, якщо ці особливості є системоутворюючими, що виключає поширення на такі конструкції вже існуючих підходів.

Так, Ю. В. Муравська доходить висновку щодо самостійності реорганізаційних договорів з огляду на недоцільність їх віднесення до окреслених нею підходів до видової належності реорганізаційних договорів².

Незважаючи на підтримку позиції про необґрунтованість віднесення реорганізаційних договорів до договорів про спільну діяльність, договорів простого товариства, договорів про створення юридичної особи та угод із майновим комплексом, можемо констатувати спільність окремих ознак реорганізаційних договорів із іншими договорами, що застосовуються в корпоративному праві.

Йдеться про: 1) засновницький договір акціонерного товариства (ст. 9)³ або *договір про створення товариства* з обмеженою (додатко-

¹ Якщо проводити аналогії із іншими цивільно-правовими договорами, можна дійти висновку про особливості предмета договору побутового підряду (ст. 865 ЦК України) порівняно із договором будівельного підряду (ст. 875 ЦК України), а договір перевезення (гл. 64) суттєво відрізняється від договору зберігання (гл. 66), що водночас не є підставою відмежування наведених конструкцій (ідеться про перевезення та зберігання) від договорів про надання послуг як загальнішої категорії.

² Муравська Ю. В. *Правова природа реорганізаційних договорів. Актуал. проблеми держави і права*. 2009. С. 443.

³ Аналогічна конструкція зберігається в проекті Закону України «Про акціонерні товариства» від 25 листопада 2019 р.

вою) відповідальністю (ст. 10 відповідного закону); 2) договір між акціонерами товариства (ст. 26¹); *корпоративний договір* (ст. 7 Закону України «Про товариства з обмеженою відповідальністю»).

По-перше, спільною рисою є галузева належність означених договірних конструкцій до корпоративного права.

По-друге (що впливає із галузевої належності до корпоративного права) на підставі наведених договірних відносин виникають організаційні відносини, які є системоутворюючими для корпоративних договорів.

По-третє, спрямованість означених договірних конструкцій на врегулювання внутрішніх відносин господарських товариств (реалізація корпоративних прав акціонерів або учасників господарських товариств; припинення та створення відповідних господарських товариств).

По-четверте, можна констатувати частковий збіг предмета наведених договорів, адже як договір про створення товариства з обмеженою (додатковою) відповідальністю або установчий договір акціонерного товариства, так і корпоративний договір товариства з обмеженою (додатковою) відповідальністю або договір між акціонерами регулюють відносини між господарським товариством та його учасниками (акціонерами)².

Більше того, предмет договору злиття та договору про створення господарського товариства (установчого договору акціонерів) збігається в частині врегулювання правовідносин створення нової юридичної особи.

Хоча такої наближеності замало для встановлення родового та видового зв'язку між означеними поняттями, означена наближеність свідчить про можливість віднесення наведених вище договірних конструкцій до корпоративних договорів (у їх широкому розумінні), які

¹ Стаття 29 проекту Закону України «Про акціонерні товариства» від 25 листопада 2019 р. дещо видозмінює означену договірну конструкцію, легітимізуючи її під назвою «корпоративний договір». Утім зміни до цитованої норми не стосуються правової природи цього договору та його принципів ознак.

² Слід зазначити щодо певної умовності статусу акціонера чи учасника товариства з обмеженою (додатковою) відповідальністю в установчому договорі акціонерного товариства чи договору про створення товариства з обмеженою (додатковою) відповідальністю, адже такі особи є потенційними (майбутніми) носіями відповідного статусу. Разом із тим спрямованість на регулювання відносин особа, що створює господарське товариство та господарське товариство як окрема правова особистість зберігається.

є самостійними видами договорів у межах загального (корпоративного) регулювання.

При цьому зазначене не виключає віднесення договорів про припинення до організаційних, адже групування здійснюється за різними підставами. Так, корпоративний характер реорганізаційних договорів ґрунтується на підгалузевій належності правовідносин, що виникають при злитті (приєднанні). Організаційний характер означених договорів, у свою чергу, ґрунтується на доктринальному поділі цивільно-правових відносин, до яких, зокрема, належать організаційні.

Значимо, що віднесення договорів злиття (приєднання) до організаційних є певною мірою умовним, адже організаційні відносини, що виникають на підставі реорганізаційних договорів можуть поєднуватись із іншими правовідносинами, властивими предмету цивільного права (майнові; особисті немайнові; інформаційні).

Наявність організаційного та корпоративного елементів договорів про злиття (приєднання) і є опосередкованою підставою доктринального поширення на ці договори видового та родового зв'язку із договором простого товариства та договором про спільну діяльність, яким також властивий корпоративний характер (у його широкому розумінні¹) або, принаймні, породжують організаційні відносини.

Слід наголосити, що проект Закону «Про акціонерні товариства» від 25 листопада 2019 р. (далі – проект Закону про акціонерні товариства) відмовився від конструкції договорів злиття (приєднання). Натомість означені відносини позначені конструкцією «умови злиття (приєднання)», врегульовані статтями 118, 119 цитованого проекту.

Означені відносини досить детально врегульовані. Так, ст. 118 проекту Закону про акціонерні товариства містить вимоги до умов злиття (приєднання), які стосуються: 1) суб'єкта підготовки проекту умов злиття (приєднання); 2) істотні умови такого проекту; 3) суб'єкта та джерела оприлюднення такого проекту.

Стаття 119 цитованого документа врегульовує розгляд проекту умов злиття (приєднання) експертами. Наведена норма є новелою проекту закону про акціонерні товариства, яка передбачає залучення одного чи декількох незалежних експертів, що діють від імені кожного з това-

¹ Кравчук В. М. Корпоративне право: науково-практичний коментар законодавства та судової практики. Київ, 2005. 590 с.

риств, які беруть участь у відповідній формі припинення з правонаступництвом. Вимоги до таких експертів встановлюються Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку. Метою залучення незалежних експертів є аналіз відповідних проектів.

Значимо, що ступінь деталізації відносин злиття та приєднання суттєво збільшився. При цьому деталізованішими стали усі елементи відповідних правовідносин. Як зазначалося, встановлено суб'єктів оприлюднення проекту умов злиття (приєднання); компетентних суб'єктів оцінки таких проектів; процедуру оприлюднення відповідних умов; детальніше регламентовані істотні умови проектів тощо.

Деталізацію в цілому можна вважати позитивною рисою, адже вона, як правило, сприяє легшому правозастосуванню. Водночас для досягнення означеної мети деталізовані норми мають бути сформульовані чітко та без можливості їх подвійного тлумачення.

У цьому контексті слід звернути увагу на окремі положення цитованих норм проекту про акціонерні товариства. Йдеться передусім про ч. 1 ст. 188, яка надає альтернативу у визначенні суб'єкта складення проекту злиття (приєднання), адже уповноваженим на це суб'єктом може бути як наглядова рада, так і рада директорів. Умови покладення обов'язку підготовки такого проекту не деталізуються. Аналогічні положення встановлені у ч. 2 ст. 113 та ч. 2 ст. 115 проекту Закону про акціонерні товариства. Зрозуміло, що обрання уповноваженого органу акціонерного товариства має залежати від структури органів його управління та може бути деталізоване статутом.

Водночас залежність компетентного суб'єкта від структури управління, на нашу думку, логічніше включити в текст відповідних статей для уникнення потенційних зловживань.

Іншим дискусійним питанням проекту є усунення конструкції договорів злиття (приєднання) та їх заміщення «умовами злиття і приєднання». З одного боку, зрозуміло, що уникнення договорів про злиття та приєднання має сприяти відсутності поділу видів припинення акціонерних товариств з правонаступництвом, адже перетворення (хоча і є припиненням) не передбачає укладення відповідного договору. З іншого боку, правовідносини перетворення не передбачають залучення різних суб'єктів безпосередньої участі¹ у припиненні. Відпо-

¹ Участь інших суб'єктів можлива лише в статусі акціонера або кредитора.

відний статус набувається лише акціонерним товариством, що перетворюється, а нова юридична особа виникає лише після реєстрації припинення перетвореного акціонерного товариства.

Така властивість перетворення дає підстави для висновку про недоцільність віднесення перетворення до форм припинення юридичних осіб. Так, Н. С. Кузнецова та А. С. Довгерт зазначають, що зміна організаційно-правової форми юридичної особи не призводить до її припинення. При перетворенні юридична особа як така існує і продовжує свою діяльність. Стаття 108 ЦК України зі своїми приписами дещо не вписується у логіку побудови положень про припинення юридичних осіб. І пов'язано це з тим, що усі варіанти проекту ЦК України не відносили перетворення шляхом правонаступництва до припинення юридичних осіб¹.

Отже, можна стверджувати щодо суттєвих відмінностей перетворення від злиття та приєднання, що виправдовує застосування різних правових конструкцій, які опосередковують означені види припинення юридичних осіб.

Крім того, укладення договору про припинення під час перетворення видається неможливим з огляду на юридичну неможливість одночасного існування юридичної особи, що перетворюється, та юридичної особи, що створюється внаслідок перетворення.

Додамо, що незважаючи на уникнення в проекті Закону про акціонерні товариства договорів злиття (приєднання) та їх заміщення наведеними вище умовами, можна дійти висновку, що змістовна частина відповідних умов свідчить про їх тяжіння до конструкції договорів. Так, вимоги до змісту таких умов можна кваліфікувати як класичну цивілістичну конструкцію істотних умов договору. Крім того, невизначеність природи цих умов також свідчить про спробу введення поняття *sui generis*, запровадження якого має здійснюватись лише у разі невідповідності відносин існуючим правовим конструкціям, що зумовлює неможливість їх застосування.

Ознакою, властивою припиненню з правонаступництвом, як і іншим цивільно-правовим відносинам, є їх опосередкування за допомогою договорів. При цьому такі договори не мають ототожнюватися

¹ Кузнецова Н. С., Довгерт А. С. Институт юридического лица в Гражданском кодексе Украины. *Альманах цивилистики* : сб. ст. / под ред. Р. А. Майданика. Киев : Алерта, 2012. Вып. 5. С. 105.

із самим припиненням з правонаступництвом, адже є лише складовою частиною означених правовідносин.

Поіменованими договірними конструкціями, що застосовуються під час припинення з правонаступництвом, є договори про припинення (реорганізаційні договори), що укладаються на підставі Закону України «Про акціонерні товариства» та Закону України «Про товариства з обмеженою і додатковою відповідальністю». Договори про припинення є організаційними за характером правовідносин, що виникають на їх підставі, та корпоративними за галузевою належністю.

ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ В СФЕРІ СПАДКОВИХ ВІДНОСИН

8.1. Договір про зміну черговості одержання права на спадкування

У сучасному цивільному праві категорія «справедливість» є як стійким і обов'язковим елементом термінологічного звороту «справедливість, добросовісність, розумність». Справедливість як типова оціночна категорія дозволяє з'ясувати, наскільки взаємовідносини, які складаються в конкретному випадку між особами є необхідними, доцільними і корисними та відповідають моральним цінностям та ідеалам суспільства. Правом на складання заповіту з різних причин користується незначна кількість громадян – цей правочин у більшості заповідачів підсвідомо асоціюється із закінченням життєвого шляху.

Визначена законодавством черговість спадкування за законом – це своєрідний компроміс між інтересами родинними, сімейними, держави і певною мірою здоровим глуздом. Черговість отримання спадщини спадкоємцями за законом побудована на поєднанні принципів: а) родинності; б) сімейності; в) відносин утримання. Спадкування за законом відбувається на таких засадах: коло спадкоємців – осіб, які підпадають під поняття «спадкоємець за законом» та критерій, якому вони повинні відповідати, вичерпним чином встановлений законодавцем і не підлягає розширеному тлумаченню; спадкоємці за законом отримують спадщину в порядку черговості; кожна наступна черга спадкоємців за законом одержує право на спадкування лише за умови відсутності спадкоємців попередньої черги, відмови їх від свого права чи усунення від такого права за законом; розмір частки спадкоємців за законом однієї черги є рівним; правило щодо рівності часток спадкоємців однієї черги не поширюється на спадкоємців, які набувають право на спадщину у порядку представлення; певні спадкоємці мають переважне право на отримання в рахунок своєї частки того чи іншого

майна. Зазвичай визначене законодавством коло спадкоємців за законом задовольняє більшість і спадкодавців і спадкоємців, проте особливості взаємовідносин у конкретній сім'ї чи родині зумовлюють уже *post factum* переглянути існуючий порядок спадкування за законом. За загальним правилом зміна черговості можлива лише у випадку, коли родичі ближчої черги відмовляються від спадщини чи не приймають її, або усуваються від спадщини як негідні спадкоємці. У ЦК України з'явилися новели, які регламентують порядок отримання спадщини спадкоємцями подальших черг і на інших засадах.

При спадкуванні за законом законодавець має на меті визначити гіпотетичну волю спадкодавця, і, враховуючи вірогідність його близьких відносин саме з найближчими родичами, відповідно будує абстрактну модель черговості, що у конкретному випадку може і не відповідати волі померлого. Тому не виключається, що спадкоємцями померлого можуть стати особи, з якими заповідач, незважаючи на близькі родинні корені, не підтримував зв'язки або взагалі перебував у неприязних стосунках. Саме цією обставиною обумовлена поява в ЦК України норми, яка надає спадкоємцям за законом право по суті перерозподіляти спадщину.

Згідно зі ст. 1259 ЦК України черговість одержання спадкоємцями за законом права на спадкування може бути змінена нотаріально посвідченим договором заінтересованих спадкоємців, укладеним після відкриття спадщини. Якщо спадкодавець не склав заповіт, то спадкоємці за законом можуть відійти від формальної черговості, і розподілити спадщину так, як це зробив би, на їх думку, спадкодавець, і так як вони вважають справедливим. Наприклад, рідні брати спадкодавця, спадкоємці другої черги, можуть врахувати особливості відносин спадкодавця із особою, з якою він тривалий час перебував у фактичних шлюбних відносинах, і яка може претендувати на спадщину за законом лише в четверту чергу, як член сім'ї померлого, і за нотаріально посвідченим договором включити її в число спадкоємців, які отримають спадщину¹.

Положення, що містяться у ст. 1259 ЦК України, пропонується розглядати «видами заохочення у цивільному праві»². Нам видається,

¹ Заїка Ю. О. Спадкове право в Україні: Становлення і розвиток : монографія. Київ : КНТ, 2007. С. 182

² Ромовська З. В. Українське цивільне право. Спадкове право : підручник. Київ : Алєрта : КНТ : ЦУЛ, 2009. С. 184.

що за своїм змістом ця стаття відображає дух справедливості, який повинен панувати у нормах закону. Звичайна порядність, людяність не потребує винагороди чи заохочення, а зміна черговості є свідченням «подальшої реалізації принципу свободи заповіту у відносинах по-смертного наступництва»¹. Аналіз змісту ч. 1 ст. 1259 ЦК України дає підстави виокремити по суті три самостійні моделі договору про зміну черговості одержання права на спадкування. У першій моделі спадкоємець наступної черги, що спадкує разом із спадкоємцями, які закликаються до спадкування, є не стороною відповідного договору, а лише третьою особою. Другою моделлю договору є бачення його таким, що укладається між спадкоємцями, які закликані до спадкування за законом, та спадкоємцем, якого вони включають до свого складу. І, нарешті, можна вважати, що договір укладатимуть суто ті спадкоємці, які заінтересовані в ньому і бажають цього. Насамперед це спадкоємці, які тим самим зменшують свою частку у спадщині, та спадкоємець, який разом з ними буде спадкувати. З наведених моделей найбільш прийнятним нам видається третій варіант².

Щодо процедури укладення такого договору, то йому повинна передувати, як слушно зазначає З. В. Ромовська, заява «підтягнутого спадкоємця» про прийняття спадщини³. Подання такої заяви легалізує становище заявника, надасть йому статусу саме «спадкоємця за законом». Незважаючи на те, що договір про зміну черговості одержання права на спадкування законодавець відносить до категорії *іменних* (поіменованих) у підзаконних нормативних актах, які б сприяли вчиненню такої нотаріальної дії, його обминули увагою. Так, у п. 4.7 гл. 10 розд. II Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України від 22 лютого 2012 р. просто дублюється положення ст. 1259 ЦК України щодо укладення договору про зміну черговості, що позбавляє положення наведеного Порядку будь-якої інформативності для нотаріуса⁴.

¹ Кухарев О. Є. Теоретичні і практичні проблеми диспозитивності в спадковому праві : монографія. Київ : Алерта, 2019. С. 259.

² Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т. 12: Спадкове право / за ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків : ФО-П Колісник А. А., 2009. С. 296–299.

³ Ромовська З. В. Українське цивільне право. Спадкове право : підручник. Київ : Алерта : КНТ : ЦУЛ, 2009. С. 184.

⁴ Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України : затв. наказом М-ва юстиції України від 22 лют. 2012 р. № 296/5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12> (дата звернення: 24.06.2020).

На думку окремих науковців, словосполучення «зміна черговості», яке використовується у ст. 1259 ЦК України, не досить точно відображає процес, урегульований нею. Термін «зміна» означає певну заміну чогось на щось, перемену. При буквальному тлумаченні зміст цього терміна можна було б представити як закликання до спадкування спадкоємців третьої черги замість спадкоємців першої¹. Нам видається, що суть етимології слова «зміна» відображає те правове явище, яке мав на увазі законодавець. У статті йдеться не про «заміну» черговості, а саме про зміну черговості, коли сутність правового явища залишається, проте відбувається розширення його змісту.

С. Я. Фурса вважає за необхідне конкретизувати поняття «заінтересовані спадкоємці» в контексті договору про зміну черговості одержання права на спадкування, оскільки всіх спадкоємців можна назвати особами заінтересованими, незалежно від їх належності до певної черги. Отже, пропонується визнати заінтересованими лише тих спадкоємців, які закликаються до спадкування, і яких вважають доцільним залучити до спадкування².

Ураховуючи, що договір укладається між спадкоємцями за законом, його сторонами можуть бути лише фізичні особи, визначені хоча б у одній з черг спадкоємців за законом (статті 1261–1265 ЦК України), а також спадкоємці, які набули право на спадщину у порядку представлення (ст. 1266 ЦК України). Згідно з ч. 2 ст. 177 СК України батьки малолітньої дитини не мають право без дозволу органу опіки та піклування укладати договори, які підлягають нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації та відмовитися від майнових прав дитини. Якщо внаслідок укладення договору частка підопічного у спадщині зменшується, то батьки, піклувальники, законні представники малолітніх і недієздатних осіб не повинні укладати такий договір чи давати згоду на його укладення, оскільки не може не суперечити майновим інтересам підопічного.

Обов'язковою умовою договору про зміну черговості одержання права на спадкування є домовленість про предмет договору, що є його суттю. Сторони договору повинні визначити щодо якої події ними до-

¹ Баранова Л. Охорона прав спадкоємців шляхом зміни черговості спадкування за законом. *Вісн. Акад. прав. наук України*. 2010. № 4. С. 143.

² Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд [наук.-практ. посіб.] / [С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, О. М. Клименко та ін.] ; за заг. ред. С. Я. Фурси. Київ : Вид. Фурса С. Я. : КНТ, 2007. С. 206.

сягається угода, зазначити особу спадкодавця, час і місце відкриття спадщини, відсутність заповіту взагалі чи не охоплення наявним заповітом всіх об'єктів спадкового правонаступництва та однозначно визначити зміст домовленості. Я. М. Романюк слушно зазначає, що невизначеність (очевидна чи прихована) договору є об'єктивною передумовою для виникнення спору про тлумачення і є поширеною ситуацією, за якою рівною мірою допускається можливість існування двох і більше розумінь певних положень договору, його окремих слів, понять чи словосполучень¹. Основна вимога до змісту договору про зміну черговості одержання права на спадкування – він не повинен порушувати прав спадкоємця, який не бере у ньому участі, а також спадкоємця, який має право на обов'язкову частку у спадщині. Це означає, що спадкоємці, які укладають такий договір, не можуть зменшити частку у спадщині особи, яка не є стороною за договором, а також зменшити розмір частки спадщини, яка належить обов'язковому спадкоємцю. Незважаючи на безпосередню назву договору про зміну черговості одержання права на спадкування, ми не вбачаємо перешкод, щоб у договорі були врегульовані інші питання, пов'язані зі спадкуванням, зокрема зміни часток чи перехід певного майна конкретному спадкоємцю і поділяємо думку вчених, які вважають, що у спадковому праві можуть мати місце і змішані договори².

За загальним правилом межею, яка дозволяє спадкоємцям укласти договір про зміну черговості, є отримання спадкоємцями свідоцтва про право на спадщину. Після оформлення права на спадщину спадкові відносини припиняються, а отже, мова буде йти вже не про закликання до спадкування спадкоємця наступної черги, а про відчуження майна, отриманого у власність у порядку спадкування³. Проте законодавець повинен не створювати перешкоди спадкоємцям, а сприяти їм у досягненні мети, тому норми, які містять у собі прогалини, повинні тлумачитися на користь безпосередніх учасників правовідносин. З цих міркувань нам видається більш слушною пропозиція, застосовувати

¹ Романюк Я. М. Застосування цивільно-правових норм у цивільному судочинстві України (питання теорії і практики) : монографія. Київ : Ін Юре, 2016. С. 267.

² Харьковская цивилистическая школа: грани наследственного права : монографія / под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков : Право, 2016. С. 535.

³ Кухарев О. Є. Теоретичні і практичні проблеми диспозитивності в спадковому праві : монографія. Київ : Алерта, 2019. С. 268.

до відповідних правовідносин ст. 1272 ЦК України, що регулює наслідки пропущення строку для прийняття спадщини. Тобто, якщо після спливу шестимісячного строку для прийняття спадщини спадкоємці за законом в межах *розумного* (курсив наш. – Ю. З.) строку виявлять бажання змінити черговість спадкування, то і перешкод для укладення такого договору не повинно існувати¹.

За правовою природою договір про зміну черговості одержання права на спадкування є безоплатним і *фидуціарним*, оскільки передбачає виникнення правовідносин між особами, які пов'язані між собою родинними чи сімейними зв'язками, і впевнені у порядності контрагентів. Спірним є твердження, що цей договір належить до категорії *непоіменованих* договорів² з огляду на те, що законодавець безпосередньо наводить його назву і визначає суть. Оскільки у законодавстві передбачено лише два види спадкування: за заповітом і за законом (ст. 1217 ЦК України), то незважаючи на те, що спадкоємець подальшої черги набув право на спадкування на підставі укладеного між спадкоємцями договору, йому нотаріусом буде видане «Свідоцтво про право на спадщину за законом».

Договір про зміну черговості, як і будь-який цивільно-правовий договір, за наявності передбачених законом підстав (укладення договору внаслідок погроз, обману, помилки тощо) може бути визнано в судовому порядку недійсним.

8.2. Договір охорони спадкового майна

На момент відкриття спадщини коло спадкоємців і осіб, які можуть претендувати на спадщину, не завжди визначене, а з моменту відкриття спадщини і до її прийняття спадкоємцями проходить певний проміжок часу. Саме інститут охорони спадкового майна захищає майнові та немайнові права та інтереси спадкоємців, відказоодержувачів, кредиторів та інших зацікавлених осіб.

¹ Актуальні проблеми спадкового права : навч. посіб. / за заг. ред. Ю. О. Заїки, О. О. Лов'яка. Київ : КНТ : ЦУЛ, 2014. С. 156.

² Печений О. П. Спадкове право. Харків : Фактор, 2012. С. 186; Орлов І. П., Кухарев О. Є. Правочини в сфері спадкового права : монографія. Київ : Алерта, 2013. С. 136.

Діяльність нотаріуса з охорони і управління спадковим майном передбачена нормативно і регламентується статтями 1283–1285 ЦК України, гл. 6 «Вжиття заходів до охорони спадкового майна» Закону України «Про нотаріат»¹, ст. 978 ЦК України «Договір охорони», Законом України «Про охоронну діяльність»², Порядком вчинення нотаріальних дій нотаріусами України та низкою підзаконних нормативних актів та Методичними рекомендаціями щодо вчинення нотаріальних дій, пов'язаних із вжиттям заходів щодо охорони спадкового майна, видачею свідоцтв про право на спадщину та свідоцтв про право власності на частку в спільному майні подружжя³.

Спадщина може бути різномірною за складом не лише юридично, а й натурально-фактично, що зумовлює вжиття відповідних скоординованих заходів, виокремлення необхідних для цього фінансових та інших ресурсів. Це забезпечить не лише збереженість спадкового майна, а й безпеку оточуючих, усуне можливі конфлікти. До складу спадщини можуть входити працююче підприємництво, земельні ділянки, цінні папери, домашня худоба, тварини, антикварні речі і твори мистецтва, швидкопсувна продукція і товари, речі, що вилучені з обороту або обмежені у обороті, що зумовлює потребу не лише обрання спеціальних заходів з охорони спадкового майна, а і забезпечення певного правового режиму для окремих із них. За вітчизняним законодавством вжиття заходів щодо охорони спадщини – право, а не обов'язок нотаріуса. Є. О. Рябоконт слухно зазначає, що немає достатніх підстав для вжиття таких заходів, коли, наприклад, до складу спадщини входить право власності на жилий будинок, а спадкоємцем є особи, які проживали у цьому будинку спільно із спадкодавцем⁴. На відміну від положень ч. 2 ст. 1283 ЦК України, де передбачено, що нотаріус із власної ініціативи або за

¹ Про нотаріат : Закон України від 2 верес. 1993 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12> (дата звернення: 25.05.2020).

² Про охоронну діяльність : Закон України від 22 берез. 2012 р. № 4616-VI. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/4616-17> (дата звернення: 25.05.2020).

³ Методичні рекомендації щодо вчинення нотаріальних дій, пов'язаних із вжиттям заходів щодо охорони спадкового майна, видачею свідоцтв про право на спадщину та свідоцтв про право власності на частку в спільному майні подружжя, схвалених рішенням науково-експертної ради з питань нотаріату при Міністерстві юстиції України від 29 січня 2009 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0001323-09> (дата звернення: 25.06.2020).

⁴ Заїка Ю. О., Рябоконт Є. О. Спадкове право : навч. посіб. / наук. ред. О. В. Дзера. Київ : Юрінком Інтер, 2009. С. 221.

заявою спадкоємців вживає заходів щодо охорони спадкового майна, у п. 1 § 1960 Німецького цивільного уложення конкретизовані випадки, коли суд зі спадкових справ зобов'язаний вжити заходів щодо охорони спадщини, якщо спадкоємець: а) невідомий; б) невідомо, чи прийняв майно; в) в цьому є потреба¹.

Традиційно як у вітчизняній, так і зарубіжній літературі охорона спадкового майна розглядається насамперед під кутом захисту прав та інтересів спадкоємців, відказоодержувачів та інших зацікавлених осіб з метою збереження майна², кредиторів спадкодавця, а у випадку визнання спадщини відумерлою – і в інтересах територіальної громади³, а також з метою захисту інтересів кредиторів⁴. Проте інститут охорони захищає не лише приватні, а й публічні інтереси, і комплекс заходів з охорони спадкового майна повинен забезпечити неможливість зловживань і з боку спадкоємців, які можуть намагатися уникнути зайвих витрат, пов'язаних як із виконанням обов'язків публічно-правового характеру (сплата податків, обов'язкових зборів тощо), так і з виконанням цивільно-правових зобов'язань. Оскільки склад спадщини визначається на момент відкриття спадщини до моменту прийняття спадщини в установленому порядку, ніхто, в тому числі і спадкоємець, які виявили бажання його прийняти, не можуть вилучати із його складу окремі речі чи якимось іншим чином розпоряджатися спадковим майном, якщо інше не впливає із самої природи речі, яка успадковується. Опису підлягає все майно спадкодавця. Виявлені у складі майна померлого вибухові речовини і засоби вибуху, боєприпаси, зброя, спеціальні засоби самооборони, заряджені речовинами сльозоточивої та дратівливої дії (газові пістолети, револьвери і патрони до них) передаються органу внутрішніх справ за окремим описом. Якщо в складі майна виявляються цінні рукописи, літературні праці, листи, що мають історичне або наукове значення, ці документи за окремим описом здаються на відповідальне зберігання спадкоємцям, відповідним устано-

¹ Гражданское уложение Германии = Deutsches Burgerliches Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz : пер. с нем. ; науч. ред. А. Л. Маковский и др. Москва : Волтерс Клувер, 2004.

² Цивільне право України : підручник. Ч. 1 / за ред. І. А. Бірюкова, Ю. О. Заїки. Київ : СКІФ, 2013. С. 298.

³ Кухарев О. Є. Виконання заповіту : монографія. Харків : СРЦГОІ, 2009. С. 120.

⁴ Валах В. В. Наследственные отношения в Украине, Российской Федерации, Франции, Германии, США (сравнительно-правовое исследование) : монографія / В. В. Валах. Харьков : Бурун книга, 2012. С. 143.

вам чи іншим особам. Речі, які не становлять цінності, нотаріус за згодою спадкоємців за окремим списком передає для знищення. Харчові продукти державний нотаріус передає спадкоємцям, а за їх відсутності продукти довгострокового терміну зберігання – відповідним організаціям для реалізації за окремим актом. Під час опису майна спадкодавця можуть виникати труднощі в тому, яке майно необхідно віднести до предметів домашньої обстановки і ужитку, а яке – до предметів розкоші. Вирішальною ознакою віднесення речей до предметів звичайної домашньої обстановки і ужитку є використання їх для задоволення повсякденних побутових потреб спадкодавця або спадкоємців. Після закінчення опису спадкового майна нотаріус повинен передати майно на зберігання. Для деяких видів майна встановлено особливий порядок зберігання. Наприклад, грошові суми та цінні папери, які залишилися після смерті померлого, на прохання спадкоємців чи інших зацікавлених осіб за окремим описом здаються не пізніше наступного дня після проведення опису на депозит державної нотаріальної контори, де зберігаються до видачі спадкоємцям або передачі відповідному фінансовому органу, якщо спадщина перейде до територіальної громади. В акті опису зазначається: дата проведення опису; відомості про осіб, які беруть в ньому участь; відомості про особу спадкодавця, час його смерті і місце знаходження майна, що описується; ретельна характеристика кожної із перерахованих у ньому речей, що включало б їх заміну, оцінка цих речей з урахуванням зносу. Оцінка речей проводиться, виходячи з роздрібних цін, з урахуванням амортизації або зносу. Якщо немає відомостей про роздрібну ціну речі, або спадкоємці не погоджуються з оцінкою, запропонованою нотаріусом, для оцінки майна може бути запрошено спеціаліста-оцінника, праця якого оплачується спадкоємцями, а за їх відсутності – за рахунок спадкового майна. Акт опису спадкового майна відіграє істотне значення для укладення договору охорони чи зберігання, оскільки це майно і буде виступати предметом таких договорів.

Здійснивши опис спадкового майна, нотаріус вирішує питання про вибір його зберігача або охоронця, з яким укладає договір зберігання або охорони залежно від виду спадкового майна. Нотаріус може призначити охоронця спадкового майна з числа спадкоємців, опікунів над майном осіб, визнаних безвісно відсутніми або місцеперебування яких невідоме, або інших осіб, визначених спадкоємцями. За наявності ви-

конавця заповіту він призначається охоронцем усього спадкового майна, як заповіданого, так і не заповіданого.

Під охороною спадкового майна традиційно розуміють сукупність заходів із забезпечення збереженості майна, мета яких – запобігати псуванню, пошкодженню чи втраті спадкового майна. Поняття «охорона спадкового майна» розглядається й у вужчому розумінні цього слова, зокрема, – це створення зберігачем (охоронцем, банком, музеєм тощо) таких умов збереження спадкового майна, які протягом установленого законодавством періоду повинні виключити можливість порушення його цілісності, кількісного зменшення чи зниження показників якості¹. Охорона спадкового майна полягає: у з'ясуванні складу спадкового майна; описі й оцінці спадкового майна; передачі спадкового майна на відповідальне зберігання спадкоємцям чи третім особам; повідомленні відповідних організацій та осіб про наявність у складі майна, належний правовий режим якого вони забезпечують (органи внутрішніх справ, товариство з охорони пам'яток історії та культури тощо); перевірці та контролі належного виконання обов'язків зі збереження спадкового майна відповідальними особами та ін.² Ці дії відповідальні особи можуть вчиняти лише за наявності повноважень, набутих відповідно до укладеного договору охорони спадкового майна. Проте не можна не погодитися із Д. В. Козирем, який зауважив, що, незважаючи на назву договору, у більшості випадків мова йде, не про договір охорони у розуміння ст. 978 ЦК України, а про комплекс заходів, спрямованих на забезпечення зберігання майна. Проте охорона спадкового майна не виключає і укладання низки договорів саме охорони³. Особливість такого договору полягає у тому, що стороною у ньому є не власник майна і навіть не уповноважена ним особа, а нотаріус, якому таке право надане законом.

¹ Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т. 12: Спадкове право / за ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків : ФОП Колісник А. А., 2009. С. 427.

² Гончаренко В. О. Охорона спадкового майна. *Актуальні проблеми держави і права* : зб. наук. пр. 2010. Вип. 53. С. 212–217; Рудко Б. Б. Нотаріальне провадження з вжиття заходів щодо охорони спадкового майна: проблемні питання повноважень суб'єктів та його вчинення. *Бюл. М-ва юстиції України*. 2011. №2. С. 28–34.

³ Козир Д. В. Договір охорони: історія становлення і розвитку. *Наук. вісн. Нац. акад. внутр. справ*. 2011. №3. С. 272.

Специфіка охоронних послуг виключає їх надання на побутовому рівні, оскільки передбачає обов'язкову професійність охоронця. Стороною за договором охорони можуть виступати лише суб'єкти підприємницької діяльності: спеціально утворені охоронні фірми, які мають відповідні дозволи на надання такого роду послуг, Департамент поліції охорони, що є рівноправним конкурентом на ринку охоронних послуг, відповідні підрозділи Міністерства внутрішніх справ України¹. Щодо юридичної характеристики договору охорони спадщини і договору управління спадщиною, то окремі автори кваліфікують їх як непойменовані договори, з чим складно погодитися², оскільки непойменованими (безіменними) договорами традиційно вважаються договори, які не передбачені актами цивільного законодавства³. Правовому регулюванню договору охорони і договору управління майном приділені низка статей як безпосередньо у ЦК України, так і в інших актах цивільного законодавства. Особливості охорони чи управління спадщиною повинні враховуватися в укладеному договорі. В. В. Луць слушно зазначає, що для того щоб цивільно-правовий договір був дійсним регулятором взаємовідносин його учасників (сторін) у ньому повинні бути чітко сформульовані умови (пункти), які з достатньою повнотою і несуперечливістю одна одній розкривають зміст договору і цілі (мету) його укладення⁴. Відповідно деталізація обов'язків, які покладаються на охоронця (зберігача) за договором зумовлені предметом зберігання чи охорони.

Важливою тенденцією розвитку сучасного договірного права є зближення та взаємопроникнення окремих договорів, відсутність

¹ Заїка Ю. О. Договір охорони в системі цивільних договорів. *Приват. право і підприємництво*. 2018. Вип. 18. С. 135.

² Харьковская цивилистическая школа: грани наследственного права : монография / И. В. Спасибо-Фатеева, О. П. Печеньй, В. И. Крат и др. ; под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков : Право, 2016. С. 534.

³ Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін. ; за ред. О. В. Дзери. Київ : Юрінком Інтер, 2008. С. 361; Цивільне право України. Загальна частина : підручник / за ред. І. А. Бірюкова, Ю. О. Заїки. Загальні положення. Особисті немайнові права фізичної особи. Право власності та інші речові права. Спадкове право. Право інтелектуальної власності. Загальні положення про зобов'язання і договори. Київ : Алерта, 2014. С. 457; Договір як універсальна форма правового регулювання : монографія / за заг. ред. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ, 2016. С. 217.

⁴ Луць В. В. Договір як юридичний факт – регулятор цивільних відносин. *Новітні підходи до розуміння юридичних фактів у механізмі правового регулювання приватних відносин* : зб. наук. пр. / за ред. А. Б. Гриняка, О. О. Кота, М. Д. Пленюк. Київ : НДІ приват. права і підприємництва ім. акад. Ф. Г. Бурчак НАПрН України, 2019. С. 71.

існування окремих із них у «чистому» вигляді, що зумовлює появу, так званих змішаних договорів, які містять у собі ознаки декількох договорів, у цьому випадку договору охорони і договору зберігання. Щодо оплати послуг за договором охорони, то вона має бути передбачена, оскільки в іншому випадку, укладений договір не може вважатися договором охорони. За правовою природою договір, за яким покладавцем (замовником) є нотаріус, являє собою договір на користь третьої особи, оскільки після легалізації спадкоємцями своїх майнових прав контрагент за договором саме їм повертає майно. З огляду на те, що зберігачами можуть виступати повнолітні фізичні особи і спеціалізовані юридичні особи, відносини зберігання регулюють гл. 66 ЦК України «Зберігання», а сам договір укладається у простій письмовій формі. Зберігачі, опікуни та інші особи, яким передано на зберігання спадкове майно, якщо вони не є спадкоємцями, мають право одержати від спадкоємців винагороду за зберігання спадкового майна та відшкодування необхідних витрат зі зберігання й управління спадковим майном, за вирахуванням фактично одержаної вигоди від використання цього майна.

Охорона спадкового майна здійснюється протягом часу, який надається спадкоємцям для прийняття спадщини. Якщо майно спадкодавця чи його частина перебуває не за місцем відкриття спадщини, нотаріус має надіслати доручення про охорону спадкового майна державному нотаріусу чи посадовій особі відповідного органу виконавчої влади, який вчиняє нотаріальні дії за місцем знаходження майна. Охорона спадкового майна триває до закінчення строку, встановленого для прийняття спадщини. Охорона спадкового майна може продовжуватися і після закінченню цього строку, якщо у нотаріальну контору звернуться особи, у яких право спадкування виникає у випадку неприйняття спадщини іншими спадкоємцями. Видається слушною пропозиція щодо необґрунтованості розміщення ст. 1284 ЦК України «Охорона спадкового майна виконавцем заповіту» у гл. 87 ЦК України «Здійснення права на спадкування», – за логікою назва і зміст зазначеної статті зумовлюють доцільність її розміщення у гл. 88 ЦК України, оскільки структурно інститут виконання заповіту охоплений саме цією главою¹.

¹ Мічурін Є. О., Сліпченко С. О., Кухарев О. Є. Спадкове право: практика застосування. Харків : ЮрСвіт, 2009. С. 139–140.

8.3. Договір на управління спадщиною

Органічно пов'язаний із договорами охорони і зберігання спадкового майна договір на управління спадщиною. Договір управління майном є самостійним договірним способом здійснення права власності в чужому інтересі, якому притаманні довірчі відносини. В ньому поєднуються речові та зобов'язальні правовідносини¹. Основне призначення договору управління майном – покладання тягаря правомочностей власника на іншу особу, здатну ефективно використовувати їх в інтересах власника, в тому числі і у випадку, коли майно набувається у спадщину. Договір на управління спадщиною розрахований переважно на ті види майна, що потребують постійного менеджменту (професійного управління) і насамперед – на нерухоме майно (підприємство як єдиний майновий комплекс, земельну ділянку тощо). Проте управління спадковим майном захищає не тільки приватні, а й публічні інтереси, забезпечує виконання не лише цивільно-правових зобов'язань, а і проведення заходів, пов'язаних із виконанням обов'язків публічно-правового характеру (сплату податків, обов'язкових зборів тощо).

У сучасній цивілістичній доктрині відсутній єдиний підхід до розуміння категорії «управління майном». Питання, пов'язані із договором управління майном, досліджували А. А. Албу «Цивільно-правове регулювання управління майном»², Т. М. Гнатюк «Договір управління підприємством як єдиним майновим комплексом»³, І. І. Плукар «Договір управління майном у сфері будівництва житла»⁴, Т. М. Стазілова

¹ Договірне регулювання приватноправових відносин в умовах євроінтеграційних процесів в Україні : монографія / за заг. ред. О. Д. Крупчана ; наук. ред. А. Б. Гриняк. Київ : НДІ ПрПіП ім. акад. Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2017. С. 140; Косак В. М. Правова природа договору управління майном. *Актуальні проблеми приватного права* : зб. наук. пр. до 85-річчя з дня народж. і 55-річчя наук.-педагогіч. та громад. діяльності Володимира Васильовича Луця. Тернопіль : Підручники і посібники, 2018. С. 27.

² Албу А. А. Цивільно-правове регулювання управління майном : монографія. Івано-Франківськ : Супрун В. П., 2018. 174 с.

³ Гнатюк Т. М. Договір управління підприємством як єдиним майновим комплексом : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Львів, 2020. 20 с.

⁴ Плукар І. І. Договір управління майном у сфері будівництва житла : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2016. 20 с.

«Договір управління майном у міжнародному приватному праві»¹ та ін. Проблематиці договору управлінням спадщиною приділялась увага у працях І. В. Спасибо-Фатєєвої², С. Я. Фурси³, О. Є. Кухарева⁴, Є. О. Рябокonia⁵, О. П. Печеного⁶ та ін.

За правовою природою договір на управління спадщиною є різновидом договору на управління майном, передбаченого ст. 1029 ЦК України. З часу відкриття спадщини і до її прийняття спадкоємцями проходить певний проміжок часу, протягом якого спадкове майно перебуває в невизначеному стані і за відсутності осіб, які проживали разом із спадкодавцем, потребує певного догляду.

Після відкриття спадщини нотаріус або в сільських населених пунктах – посадова особа органу місцевого самоврядування, уповноважена на вчинення нотаріальних дій, за місцем відкриття спадщини за заявою спадкоємців або за повідомленням інших осіб, або на підставі рішення суду про оголошення фізичної особи померлою чи за своєю власною ініціативою вживає заходів до охорони спадкового майна, коли це потрібно в інтересах спадкоємців, відказоодержувачів, кредиторів або держави (ст. 60 Закону України «Про нотаріат»⁷).

У ст. 1285 ЦК України зазначено, що якщо у складі спадщини є майно, яке потребує утримання, догляду, вчинення інших фактичних чи юридичних дій для підтримання його в належному стані, нотаріус, а в населених пунктах, де немає нотаріуса, – відповідний орган місцевого самоврядування, у разі відсутності спадкоємців або виконавця заповіту укладають договір на управління спадщиною з іншою особою. Тобто законодавець передбачає особливі передумови укладання до-

¹ Стазілова Т. М. Договір управління майном у міжнародному приватному праві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2015. 18 с.

² Харьковская цивилистическая школа: грани наследственного права : монографія / І. В. Спасибо-Фатєєва, О. Р. Печений, В. І. Крат і др. ; под ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харьков : Право, 2016. 608 с.

³ Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд : наук.-практ. посіб. / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, О. М. Клименко, С. Я. Рабовська, Л. О. Кармаза та ін. ; за заг. ред. С. Я. Фурси. Київ : Вид. Фурса С. Я. : КНТ, 2007. 1216 с.

⁴ Кухарев О. Є. Теоретичні та практичні проблеми диспозитивності в спадковому праві : монографія. Київ : Алерта, 2019. 498 с.

⁵ Заїка Ю. О., Рябокonia Є. О. Спадкове право : навч. посіб. Київ : Юрінком Інтер, 2009. 352 с.

⁶ Печений О. П. Спадкове право. Харків : Фактор, 2012. 368.

⁷ Про нотаріат : Закон України від 2 верес. 1993 р. № 3425-ХІІ. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12#n617> (дата звернення: 25.06.2020)

говору управління спадковим майно. Незважаючи на принцип свободи договору, який надає можливість укласти будь-який договір з будь-якою особою і на свій розсуд сформувавши його зміст, особливість укладення договору на управління спадщиною полягає у тому, що передумовою його укладення є:

1) наявність у складі спадщини майна, яке потребує : а) утримання; б) догляду; в) здійснення інших фактичних чи юридичних дій для підтримання його у належному стані;

2) відсутність спадкоємців чи виконавця заповіту.

Укладення договору управління спадковим майном нотаріусом чи посадовою особою органу місцевого самоврядування не суперечить вимогам ст. 9 «Обмеження у праві вчинення нотаріальних дій» Закону України «Про нотаріат», яка під загрозою недійсності забороняє згаданим особам вчиняти нотаріальні дії на своє ім'я і від свого імені, оскільки при укладанні такого договору вони не мають власної зацікавленості, а уповноважені законом захищати чужі права та інтереси. Як випливає зі змісту ст. 1285 ЦК України об'єктом управління може виступати майно, яке потребує за своєю природою постійної уваги власника чи правоволодільця. Йдеться про підприємства як єдиний майновий комплекс, земельні ділянки, морські судна, акції, частки в статутному капіталі господарського товариства, цінні папери, виключні права, право на торговельну марку¹ та інше майно, яке, на погляд нотаріуса, потребує управління.

У договорі на управління спадщиною зазначають перелік майна, що передається в управління, та розмір і форму оплати за управління майном. Законодавець не пов'язує укладення договору на управління спадщиною з такою умовою, як «отримання прибутку з такого майна». Такий висновок цілком погоджується із диспозицією ч. 2 ст. 1285 ЦК України, де передбачено право особи, яка управляє спадщиною на «вчинення будь-яких необхідних дій, спрямованих на збереження спадщини».

Видається досить категоричним твердження, що управління спадковим майном являє собою особливий спосіб охорони спадкового

¹ Сучасні тенденції розвитку спадкового права (порівняльно-правове дослідження) : монографія / Ю. О. Заїка, Н. Б. Солтис, В. В. Проценко, Є. О. Рябоконь ; відп. ред. В. В. Луць. Київ : НДІ приват. права і підприємництва ім. акад. Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2015. С. 209.

майна. І, відповідно, особливість такого способу охорони спадщини обумовлюється саме об'єктом та полягає в обов'язковому поєднанні двох цілей – забезпечити збереження переданого до управління спадкового майна та отримати прибуток від управління таким майном¹. Обов'язки охоронця, як правило, обмежуються конкретним завданням, зокрема, не допустити крадіжку матеріальних цінностей на об'єкті. Водночас професійний зберігач, крім цього, повинен ще вживати всіх необхідних заходів для забезпечення збереженості майна, навіть якщо про це безпосередньо в договорі не зазначено². В особи, яка управляє спадщиною, повноваження значно ширші, ніж у зберігача, оскільки управитель спадщини наділений повноваженнями вчиняти будь-які необхідні дії, спрямовані на збереження спадщини, до з'явлення спадкоємців або до прийняття ними спадщини.

Щодо суб'єктного складу договору, то окремі автори вважають, що дії з управління спадщиною повинні вчинятися виключно суб'єктом підприємницької діяльності, що є спеціалістом у сфері управління активами³. Звичайно, що фаховість і професіоналізм повинні бути обов'язковою вимогою до управителя. І це твердження є обґрунтованим, якщо відповідно до договору виникне необхідність вчинення операцій із спадковим майном, цінними паперами, що вимагає спеціального дозволу, і відповідно наявність у управителя певної ліцензії. Проте законодавець не обмежує коло суб'єктів, які можуть виступати як управителі. І в цьому є сенс. Так, для того, щоб доглядати в сільській місцевості за худобою, птицею, багаторічними насадженнями, які становлять спадкове майно, здавати в найм квартиру у місті, не потрібно бути суб'єктом підприємницької діяльності. А, зазвичай, у більшості випадків, саме це майно становить об'єкт спадкового правонаступництва у пересічного громадянина. Так, у літературі слушно зазначається, що якщо предметом управління є право власності на земельну ділянку, управління нею означатиме перш за все її обробіток⁴, тобто

¹ Терехова О. О. Здійснення, охорона та захист суб'єктивних спадкових прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2012. С. 7.

² Заїка Ю. О. Договір охорони в системі цивільних договорів. *Приват. право і підприємництво*. 2018. Вип. 18. С. 136.

³ Кухарев О. Є. Теоретичні та практичні проблеми диспозитивності в спадковому праві : монографія. Київ : Алерта, 2019. С. 292.

⁴ Ромовська З. В. Українське цивільне право. *Спадкове право* : підручник. Київ : Алерта, 2009. С. 222.

такі обов'язки з договору управління можуть успішно виконувати, скажімо, і сусіди. В цьому випадку договір управління спадщиною набуває певних ознак фідуціарності. Вважається, що управителем спадщини за договором управління може бути і хтось із родичів померлого спадкоємця, працівників підприємства, що належить спадкодавцю¹. У цьому у контексті цікаву думку висловила З. В. Ромовська, яка вважає, що управління невеликим підсобним господарством може бути здійснене на підставі договору підряду², і якщо сторонами буде обрано управління спадковим майном у такій формі, то, як відомо, за договором підряду підрядник виконує певну роботу і передає обумовлений її результат замовнику, а не отримує для нього прибуток.

Неоднозначним є висновок, що договір на управління спадщиною є «двостороннім, оскільки права та обов'язки мають обидві його сторони»³. На управителя покладається вчинення фактичних і юридичних дій, спрямованих на забезпечення утримання і догляду за спадковим майном, а також підтримання його в належному стані. Це насамперед укладання таких цивільних договорів, як зберігання, охорона, оренда (найм), позика та ін. Слід погодитися із твердженням, що дії, які має право вчиняти управитель, мають бути не просто корисними, а необхідними та спрямованими на збереження спадщини⁴. І. В. Спасибо-Фатеева слушно зазначає, що в певних випадках управитель може і розпорядитися майном, враховуючи його специфіку та різні обставини. Так, він має право продати цінні папери спадкодавця, якщо виникла відповідна ситуація на фондовому ринку і такі дії забезпечили б збереженість спадкових активів⁵.

¹ Спадкування за законодавством України. Коментар. Судова практика. 2-ге вид. перероб. і допов. / Є. О. Рябоконт, С. Я. Фурса, Ю. О. Заїка та ін. Київ : Юрінком Інтер, 2009. С. 150.

² Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / за ред. В. М. Коссака. Київ : Істина, 2004. С. 956.

³ Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т. 12 : Спадкове право / за ред. І. В. Спасибо-Фатеевої. Харків : Страйд, 2009. С. 457.

⁴ Актуальні проблеми спадкового права : навч. посіб. / за ред. Ю. О. Заїки, О. О. Лов'яка. Київ : КНТ : ЦУЛ, 2014. С. 256.

⁵ Харьковская цивилистическая школа: грани наследственного права : монография / И. В. Спасибо-Фатеева, О. Р. Печеный, В. И. Крат и др. ; под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков : Право, 2016. С. 523.

Договір на управління спадщиною укладає не власник майна, а особа, яку законодавець уповноважив укласти такий договір з метою захисту інтересів власника. Іншою стороною договору є нотаріус, який ніякого зиску від цього договору не має. Які ж цивільно-правові обов'язки повинен виконувати нотаріус під загрозою настання негативних наслідків майнового характеру у вигляді цивільно-правової відповідальності? Якщо розглядати передачу спадкового майна в управління як обов'язок нотаріуса за договором, тоді і договір позики, і договір позички також необхідно вважати двосторонніми, оскільки в цих договорах також має місце передача майна.

За своєю правовою природою договір управління спадщиною це особлива договірна конструкція, який містить, водночас, і ознаки договору на користь третьої особи, проте не тотожна йому, оскільки зобов'язана за договором управління спадщиною особа повинна звітувати безпосередньо перед контрагентом та може розраховувати на оплату.

Форма договору на управління спадщиною у законодавстві не визначена, тому необхідно керуватися загальними положеннями щодо форми правочину, встановленими у статтях 205–210 ЦК України. Якщо предметом управління спадщиною є нерухоме майно, то договір укладається у письмовій формі, посвідчується нотаріально і підлягає державній реєстрації. Відповідно до п. 4 Методичних рекомендацій щодо вчинення нотаріальних дій, пов'язаних із вжиттям заходів щодо охорони спадкового майна, видачею свідоцтва про право на спадщину та свідоцтва про право власності на частку в спільному майні подружжя, схвалених рішенням Науково-експертної ради з питань нотаріату при Міністерстві юстиції України від 29 січня 2009 р. текст договору викладається без застосування спеціальних бланків нотаріальних документів, згідно з актом опису спадкового майна, який є невід'ємною частиною договору (перелік цього майна може викладатися в тексті договору)¹.

Договір на управління спадщиною може бути як оплатним, так і безоплатним². У ч. 3 ст. 1285 ЦК України передбачене право управителя на

¹ Методичні рекомендації щодо вчинення нотаріальних дій, пов'язаних із вжиттям заходів щодо охорони спадкового майна, видачею свідоцтва про право на спадщину та свідоцтва про право власності на частку в спільному майні подружжя : схвалено рішенням Наук.-експерт. ради з питань нотаріату при М-ві юстиції України від 29.01.2009 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/n0001323-09> (дата звернення: 25.06.2020).

² Печений О. П. Спадкове право. Харків : Фактор, 2012. С. 287.

плату, тобто контрагент за договором може виконувати обов'язки управителя на товариських, сусідських засадах і без винагороди. Проблемним питанням договору управління спадковим майном можна вважати і розмір винагороди управителю. З метою особистої зацікавленості управителя в належному виконанні зобов'язання вважається доцільним встановлювати йому винагороду у 3–5% від доходу¹. На розмір плати може впливати й об'єкт управління та особливості його функціонування. До складу спадкового майна може входити і провідне у певній галузі промислове підприємство, і торговельний кіоск, і підприємство, яке перебуває на стадії реконструкції і доходу не приносить, що необхідно враховувати при визначенні розміру плати управителю.

Щодо строку договору на управління спадщиною, то на відміну від загальних положень договору управління майном, де передбачено, що якщо сторони не визначили строк договору управління майном, він вважається укладеним на п'ять років (ст. 1036 ЦК України), це положення на нього не поширюється. Договір про управління спадщиною, що укладається нотаріусом, є правочином зі скасувальною умовою, оскільки права та обов'язки, що передбачені ним, припиняються з моменту з'явлення спадкоємців². При подачі спадкоємцями заяви про прийняття спадщини нотаріус повідомляє управителя про припинення дії договору. Ще однією підставою припинення договору є відсутність спадкоємців як за законом чи за заповітом, неприйняття ними спадщини чи відмова від неї, невиконання спадкоємцем за заповітом умови заповіту, усунення спадкоємців від права на спадкування на підставі ст. 1224 ЦК України як негідних та визнання судом спадщини відумерлою. За заявою органу місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини, а якщо до складу спадщини входить нерухоме майно – за його місцезнаходженням, за заявою кредитора спадкодавця, а якщо до складу спадщини входять земельні ділянки сільськогосподарського призначення – за заявою власників або користувачів суміжних земельних ділянок, суд визнає спадщину відумерлою і укладений договір на управління спадщиною припиняє свою дію.

¹ Фурса С. Я., Рудко Б. Б. Цивилистическая процессуальная мысль : междунар. сб. науч. статей. Вып. 2 «Нотариальный процесс / под ред. С. Я. Фурсы. Київ : ЦУЛ, 2013. С. 348.

² Цивільний кодекс України. Постатейний коментар : у 2 ч. Ч. 2 / кер. авт. кол. та відп. ред. А. С. Довгерт, Н. С. Кузнецова. Київ : Юстиніан, 2006. С. 938.

Відповідальність за порушення договірних зобов'язань настає незалежно від того, передбачена вона безпосередньо у договорі, чи базується на нормах закону. Управитель відповідає за збитки, заподіяні переданому йому в управління майну, які настали внаслідок його неналежних прямих дій чи бездіяльності (скажімо, знищення чи зменшення майна внаслідок неукладення договору охорони, псування продукції чи товарів внаслідок їх невчасної реалізації тощо). Підстави звільнення від відповідальності договірних зобов'язань умовно поділяють на дві групи – прямі (безпосередні) і непрямі (опосередковані)¹. Так, управитель спадкового майна звільняється від відповідальності, якщо порушення договірних зобов'язань сталося внаслідок випадку (*casus*) чи непереборної сили (прямі підстави). Непрямими підставами є відсутність вини управителя, якщо інше не встановлене договором, і неможливість виконання зобов'язання у зв'язку з обставиною, за яку жодна із сторін не відповідає (непрямі підстави).

Водночас у цьому випадку у нотаріуса, який уклав договір в інтересах спадкоємця, повинні бути певні гарантії відповідального і добросовісного ставлення управителя до своїх обов'язків. Звичайно, що на користь цього повинна свідчити ділова репутація управителя. Проте належне виконання договору на управління спадщиною залежить не лише від добросовісності управителя, а й від низки об'єктивних факторів економічного, природного, суспільно-політичного характеру, на які управитель впливати не може. Негативні наслідки таких ризиків у підприємницькій діяльності можна частково нейтралізувати, зобов'язуючи управителя спадковим майном укладати договір страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну спадковому майну за наслідками економічної діяльності.

8.4. Спадковий договір

На доктринальному рівні у спадковому праві виокремлюють низку правочинів на випадок смерті (так звані «правочини *mortis causa*»). Крім традиційного заповіту до таких розпоряджень на випадок смерті

¹ Відповідальність у приватному праві : монографія / І. Безклубий, Н. Кузнецова, Р. Майданик та ін. ; за заг ред. І. Безклубого. Київ : Грамота, 2014. С. 116–117.

відносять: заповіт подружжя; договір про спадкування (у тому числі спадковий договір); дарування в рахунок спадкової частки; положення статуту товариства з обмеженою відповідальністю про те, що у разі смерті учасника його частка переходить до товариства; умова корпоративного договору про право учасників на викуп у спадкоємців частки померлого учасника; зобов'язання, призначене до виконання лише після смерті боржника¹. Англійському цивільному праву відомий договір *donatio mortis causa*. Людина, у якої смертельна хвороба, може подарувати рухоме майно, в очікуванні смерті. В укладеному між сторонами договорі передбачено, що обдарований набуває дарунок лише у разі смерті дарувальника від хвороби, на яку він страждає. Водночас дарувальник має право в будь-який час скасувати такий договір².

У ст. 1302 ЦК України «Поняття спадкового договору» акцентується увага на обов'язках набувача і моменті набуття ним права власності: «За спадковим договором одна сторона (набувач) зобов'язаний виконати розпорядження другої сторони (відчужувача) і в разі його смерті набуває право власності на майно відчужувача». З'ясування правової природи спадкового договору ускладнено тим, що незважаючи на те, що цей інститут структурно розміщений в кн. 6 «Спадкове право» спадкування за спадковим договором не є самостійною підставою спадкування. Саме так трактується позиція законодавця у п. 28 постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 р. № 7 «Про судову практику у справах про спадкування»³. Цей договір не опосередковує спадкових правовідносин, тобто не впливає на їх виникнення, зміну чи припинення⁴. Сучасне цивільне законодавство країн німецької системи права (Австрія, Німеччина, Швейцарія та ін.) також передбачає можливість визначити частку майна на випадок смерті шляхом укладання спадкового договору. Цей інститут знайшов законодавче закріплення у статтях 2274–2302 Німецького цивільного уложення, де спадковий договір

¹ Петров Е. Ю. Сделки *mortis causa*. Частное право. *Преодолевая испытания* : к 60-летию Б. М. Гонгало. Москва : Статут, 2016. С. 213–237.

² Дженкс Э. Английское право. Москва : Юриздат, 1947. С. 317–318.

³ Про судову практику у справах про спадкування : Постанова Пленуму Верхов. Суду України від 30 трав. 2008 р. № 7. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-08> (дата звернення: 25.06.2020).

⁴ Харьковская цивилистическая школа. Грани наследственного права : монография / под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков : Право, 2016. С. 536.

розглядається як окремих, самостійний вид спадкування¹. Можливість укласти спадковий договір передбачена у статтях 494–515 Цивільного кодексу Швейцарії², §§ 1582–1593 ЦК Чехії³, § 602 Загального цивільного кодексу⁴. У ст. 495 ЦК Швейцарії спадкодавець може укласти із спадкоємцем договір про відмову останнього від спадщини, тим самим уникнувши на майбутнє судових спорів. Більш помірковано ставляться до цього інституту країни романської сім'ї (Франція, Іспанія⁵), вважаючи, що природа спадкування така, що заповідач (майбутній спадкодавець) повинен мати право в будь-який час скасувати чи змінити свої розпорядження майном на випадок смерті. У Франції договори про розпорядження майном на випадок смерті допускаються лише між подружжям (статті 1091–1094)⁶. Модель спадкового договору за українським законодавством суттєво відрізняється від подібних інституцій у зарубіжних країнах, де спадковий договір поруч із спадкуванням за заповітом та законом вважається окремою підставою спадкування. Основна відмінність полягає у тому, що вітчизняний законодавець розглядає цей договір як інститут, що має зобов'язально-правову природу і породжує зобов'язальні, а не спадкові відносини⁷. Водночас особисто-фідучіарний характер договору виключає використання таких інституцій зобов'язального права, як поступка вимоги чи перевід боргу. Не зовсім зрозуміло, чи повинен набувач завжди виконувати договірні зобов'язання, якщо він відмовиться від набуття майна після смерті відчужувача.

¹ Гражданское уложение Германии : Вводный закон к Гражданскому уложению = Bürgerliches Gesetzbuch Deutschlands mit Einführungsgesetz ; пер. с нем. / [В. Бергманн, введ., сост.] ; науч. ред. Т. Ф. Яковлева. 4-е изд., перераб. Москва : Инфотропик Медиа, 2015.

² Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Stand am 1. Januar 2020) // www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html (дата звернення: 20.06.2020).

³ Civil Code of the Czech Republic, as of 3 February 2012. URL: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Civil-Code.pdf> (дата звернення: 20.06.2020).

⁴ Всеобщий гражданский кодекс Австрии = Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch / пер. с нем. С. С. Маслова. Москва : Инфотропик Медиа, 2011.

⁵ Spanish Civil Code, approved by Royal Decree of July 24, 1889. Ministerio De Justicia, 2013. // <http://derechocivil-ugr.es/attachments/article/45/spanish-civil-code.pdf> (дата звернення: 20.06.2020).

⁶ Civil Code of France, as of 1 July 2013. URL: http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file_id=450531 (дата звернення: 20.06.2020).

⁷ Заїка Ю. О., Рябоконь Є. О. Спадкове право : навч. посіб. / наук. ред. О. В. Дзера. Київ : Юрінком Інтер, 2009. С. 174.

Відчужувачем у спадковому договорі може бути подружжя, один із подружжя або інша особа, а набувачем як фізична, так і юридична особа. Не можна не погодитися із С. Я. Фурсою, яка вважає, що оскільки у законі не встановлено жодних обмежень організаційної форми юридичної особи, то набувачами можуть виступати комерційні особи, а також особи з іноземними інвестиціями відповідно до мети їх діяльності та цілей відчужувача майна¹.

За ст. 1305 ЦК України обов'язки набувача можуть полягати у вчиненні певної дії майнового або немайнового характеру до відкриття спадщини або після її відкриття. Тобто обов'язковою умовою набуття права власності на майно є саме вчинення набувачем певних, визначених дій, визначених у розпорядженні відчужувача. Сторони повинні визначити характер дій (майнові чи немайнові), конкретний їхній перелік та зміст, порядок і час вчинення (до чи після відкриття спадщини). Незважаючи на те, що законодавець передбачив зобов'язання набувача вчинити «певну дію», немає сумніву, що тут ідеться не про виконання набувачем одноразового акту, а саме про «дії» набувача.

Вітчизняними вченими неоднозначно сприймається правова природа спадкового договору. Так, Р. А. Майданик зазначає, що на сучасному етапі праворозуміння спадковий договір є нетиповим речово-зобов'язальним правочином відчуження-послуги, предмет якого становить надання послуг набувачем на користь відчужувача або третьої особи під передачу майна у власність набувача на випадок смерті відчужувача². О. Є. Кухарев вважає, що до спадкового договору не застосовуються норми спадкового права через відсутність юридичного складу спадкового правонаступництва³. На думку З. В. Ромовської⁴, О. П. Печеного⁵, спадковий договір є одностороннім, оскільки вико-

¹ Спадкове право : Нотаріат. Адвокатура. Суд : наук.-практ. посіб. / за заг. ред. С. Я. Фурси. Київ : Вид. Фурса С. Я. : КНТ, 2007. С. 111.

² Майданик Р. А. Спадковий договір у цивільному праві України. *Часопис Хмельницького університету управління та права* : університет. наук. зап. 2007. № 2. С. 98.

³ Кухарев Є. О. Теоретичні та практичні проблеми диспозитивності в спадковому праві : монографія. Київ : Алерта, 2019. С. 238.

⁴ Ромовська З. В. Українське цивільне право. Спадкове право : підручник. Київ : Алерта, 2009. С. 244–245.

⁵ Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т. 12 : Спадкове право / за ред. І. В. Спасиво-Фатєєвої. Харків : Страйд, 2009. С. 517.

нання зобов'язань покладається на одну сторону набувача. Прихильники іншої точки зору – Є. О. Рябоконт¹, Н. П. Шама² вважають, що спадковий договір є двостороннім, оскільки права та обов'язки виникають у кожного з контрагентів: право одного кореспондується в обов'язки іншого, і навпаки. Розбіжності позицій науковців зумовлені дослідженням різних правових конструкцій спадкового договору. Аналіз змісту ст. 1305 ЦК України дозволяє зробити висновок, що законодавцем по суті пропонується *чотири самостійні моделі* (курсив наш. – Ю. З.) спадкового договору. Для того щоб набути за спадковим договором майно відчужувача у власність, набувач зобов'язаний:

- а) вчинити певну дію майнового характеру до відкриття спадщини;
- б) вчинити певну дію немайнового характеру до відкриття спадщини;
- в) вчинити певну дію майнового характеру після відкриття спадщини;
- г) вчинити певну дію немайнового характеру після відкриття спадщини.

Залежно від моделі, за якою побудований конкретний спадковий договір, він зазвичай є двостороннім (взаємним), оскільки права та обов'язки відповідно за договором виникають у кожного з контрагентів, і правам однієї сторони кореспондують обов'язки другої і навпаки, та відплатним.

Спадковий договір є відплатним, проте зустрічні вимоги не завжди відповідають загальнодоктринальному поняттю «відплатність». Вчинення дій немайнового характеру може і не супроводжуватися матеріальними витратами, проте це не позбавляє договір такої ознаки, як відплатність. Про двосторонність договору свідчить те, що на відчужувача покладаються обов'язки: не відчужувати майно, визначене спадковим договором, забезпечити його схоронність, належно ставитися до нього³.

Необхідно констатувати, що зі змісту ст. 1302 ЦК України не випливає заборона відчужувачу укласти декілька спадкових договорів, якщо їх предметом буде різне майно. Якщо ж з'ясується, що предметом договору буде одне і те саме майно (а це цілком можливо, якщо воно

¹ Заїка Ю. О., Рябоконт Є. О. Спадкове право : навч. посіб. / наук. ред. О. В. Дзера. Київ : Юрінком Інтер, 2009. С. 176–177.

² Шама Н. П. Спадковий договір в цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Львів. нац. ун-т ім. Івана Франка. Львів, 2008. С. 12.

³ Луць В., Гриняк А. Окремі питання спадкового договору в цивільному праві України. *Юрид. Україна*. 2009. №9. С. 34.

являє собою рухомі речі), то пріоритет повинен надаватися договору, який було укладено раніше.

Якщо обов'язки набувача обмежуються лише вчиненням немайнових дій, то такий договір за своєю правовою природою наближається до договору дарування, укладення якого відчужувач міг і не мати на меті. Зі спадкового договору випливають положення щодо забезпечення набувача певними засобами, необхідними для виконання договору, якщо набувач зобов'язаний до вчинення дій немайнового характеру, пов'язаних із вшануванням пам'яті відчужувача, у змісті спадкових договорів зустрічаються пункти щодо забезпечення набувача певними засобами, необхідними для вчинення таких дій, надання йому можливості ознайомитись з особистими паперами¹. Зазвичай у договір поєднуються як дії матеріального, так і нематеріального характеру, що зобов'язаний вчинити набувач: відвідувати відчужувача, надавати йому допомогу у веденні господарства, щомісячно сплачувати визначену грошову суму, забезпечувати усіма необхідними лікувальними засобами, а після смерті – взяти на себе витрати із поховання².

З огляду на співвідношення прав та обов'язків сторін за договором та їх зміст запропоновані вітчизняні моделі спадкового договору тяжіють або до договору довічного утримання (ренти) або до договору дарування. У більшості випадків інститут спадкового договору моделюється на засадах такого досить поширеного інституту зобов'язального права, як договір довічного утримання, за яким відчужувачу за життя надається утримання, а до набувача переходить у власність майно відчужувача. Якщо звести обов'язки набувача за спадковим договором до надання певних послуг за життя відчужувача та його утримання, то такий договір за своєю правовою природою та змістом буде тотожний договору довічного утримання (догляду). І єдине в чому буде полягати відмінність – це момент набуття права власності набувачем на майно відчужувача. Відмінність спадкового договору від заповіту, в якому на спадкодавця також можуть бути покладено виконання аналогічних дій буде полягати лише у моменті набуття права власності на предмет

¹ Сучасні тенденції розвитку спадкового права (порівняльно-правове дослідження) : монографія / Ю. О. Заїка, Н. Б. Солтис, В. В. Проценко, Є. О. Рябоконт ; відп. ред. В. В. Луць. Київ : НДІ приват. права і підприємництва ім. акад. Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2015. С. 164.

² Там само. С. 169.

відчуження за спадковим договором і у можливості заповідача в будь-який час змінити чи скасувати заповіт.

Не можна погодитися беззаперечно з твердженням, що спадковий договір належить до алеаторних (ризикових) договорів. Ризиковий характер договору обґрунтовується тим, що наперед не відомо загальні межі виконання обов'язків за договором, а втрата чи збагачення однієї зі сторін залежить від випадку (смерті сторони за договором)¹. За такого надзвичайно широкого розуміння поняття «ризиковий договір» практично виключається поділ цивільно-правових договорів на дихотомічних засадах, оскільки будь-який цивільно-правовий договір, незалежно від його мети, суб'єктного складу, змісту містить елементи ризику, пов'язаного з невиконанням чи неналежним виконанням договірних зобов'язань. Алеаторні договори – особливий вид договорів у цивільному праві, характерною ознакою яких є неможливість контрагентів визначити межі виконання своїх обов'язків на момент укладення договору, а втрата чи збагачення однієї зі сторін залежить від настання обставини, яка від них не залежить². Конструкція спадкового договору не виключає виконання набувачем обов'язків і після смерті відчужувача. У цьому випадку у договорі визначено, яке майно переходить у власність набувача та які дії він повинен вчинити після смерті відчужувача. За таких умов обсяг прав і обов'язків визначений, а строк їх виконання не впливає на суть договору, який за таких обставин не підпадає під категорію алеаторного. Таким чином, до конститутивних ознак спадкового договору можна віднести: консенсуальність та відплатність, а залежно від змісту договору факультативними ознаками може виступати і алеаторність.

Складною проблемою є співвідношення інституту спадкового договору з інститутом обов'язкових спадкоємців. З. В. Ромовська вважає, що оскільки смерть є одночасно і відкриттям спадщини, і переходом права власності до набувача, то право на це майно уже не може входити до складу спадщини. Тому на те, що не увійшло до складу спадщини, ніхто із спадкоємців, у тому числі «обов'язкові», не може мати

¹ Кухарев О. Є. Аналіз судової практики розгляду цивільних справ про спадкування : прак. посіб. Київ : Алерта, 2019. С. 115.

² Заїка Ю. О. Алеаторні договори в системі цивільно-правових договорів. *Knowledge. Education. Law. Management*. Łódź. Wyzsz Szkoła Informatyki i Umiejrtności. 2018. № 1. С. 261.

права¹. І це цілком слушне зауваження. Дійсно, спадкоємці не можуть мати право на подаровану чи продану річ. Але ж йдеться про те, що така законодавча норма по суті легалізує можливість ігнорування законодавчого принципу спадкового права – державно-правового захисту непрацевдатних родичів і членів сім'ї спадкодавця, оскільки унеможливує виникнення у них права на обов'язкову частку спадщини. Так, замість заповіту на користь сторонньої особи, який можуть оспорювати, спадкодавець може укласти спадковий договір на користь тієї ж особи, зобов'язавши її до символічних дій.

Укладений договір не є фіктивним чи удаваним і відповідає всім вимогам дійсності правочину. Водночас йдеться не про зменшення розміру обов'язкової частки спадщини², а про те, що непрацевдатні діти та непрацевдатна дружина відчужувача відповідно до закону втратили право на соціальний захист за законом. Спадковий договір дозволяє уникнути і правонаступництва за борговими зобов'язаннями спадкодавця. На відміну від спадкоємця, який прийняв спадщину та відповідно до ст. 1282 ЦК України зобов'язаний задовольнити вимоги кредитора, на набувача за спадковим договором такий обов'язок не покладається. Заслуговує на увагу ст. 642 ЦК Латвійської Республіки, в якій прямо передбачено, що умови спадкового договору повинні відповідати положенню щодо обов'язкової частки, якщо тільки ті, кому вона належить, самі безпосередньо або шляхом участі в договорі не відмовилися від свого права. Якщо це не враховано, то як за життя спадкодавця, так і після його смерті обов'язкові спадкоємці можуть оспорити такий договір³.

Гарантією належного виконання договору є накладення заборони на відчуження майна, яке є предметом договору. Заборона дійсно буде певною гарантією належного виконання договору з боку відчужувача, якщо вона буде накладатися на майно, яке вимагає спеціальної процедури відчуження і державної реєстрації. Проте, яким чином буде забезпечуватися виконання спадкового договору, якщо його предметом будуть цінні рухомі речі (колекція картин, фарфору, бібліотека, антикварні музикальні інструменти тощо).

¹ Ромовська З. Українське цивільне право. Спадкове право : підручник. Київ : Алерта : КНТ : ЦУЛ, 2009. С. 253.

² Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / за ред. В. М. Коссака. Київ : Істина, 2004. С. 925.

³ Latvijas Republikas Likums. Civillikums. URL: <https://likumi.lv/ta/id/225418-civillikums> (дата звернення: 20.06.2020).

Спадковий договір може бути розірвано судом на вимогу відчужувача у разі невиконання набувачем його розпоряджень. Як свідчить судова практика, невиконання передбачених у спадковому договорі послуг або робіт довести досить складно (надання ліків, прання білизни, прибирання тощо)¹. Не є підставою для розірвання спадкового договору зміна намірів відчужувача, наприклад, бажання скласти заповіт або іншим способом здійснити розподіл спадкового майна, якщо набувач належно виконує умови спадкового договору або вчинення певних дій покладено на нього вже після смерті відчужувача. Підставою розірвання договору може бути порушення загальних вимог до дійсності правочину, в тому числі і його кабальність, невідповідність волевиявлення відчужувача його внутрішній волі та ін.² Якщо ж вчинення певних дій покладено на набувача лише після відкриття спадщини, то спадковий договір у цьому випадку взагалі неможливо розірвати. Договір, зобов'язання за яким не виконуються, але який контрагент позбавлений права розірвати, не може не порушувати один із основних принципів договірного права «свободу договору».

У гл. 90 «Спадковий договір» законодавець використовує деякі терміни, притаманні спадковому праву: «відкриття спадщини», «місце відкриття спадщини». Оскільки предметом договору є майно відчужувача, а не спадщина (поняття, яке за змістом значно ширше), є недоречним і використання терміна «відкриття спадщини» у ст. 1305 ЦК України, оскільки повинно йтися про «смерть» відчужувача як сторони за договором. С. Я. Фурса позитивно сприймає віднесення спадкового договору до кн. 6 «Спадкове право», хоча і вважає, що її назва неадекватна змісту договірних відносин³. Якщо розглядати спадковий договір як особливий інститут зобов'язального права, то до нього повинні застосовуватися норми загальних положень про зобов'язання та договори з урахуванням особливого фідуціарного (довірчого) характеру взаємовідносин між відчужувачем і набувачем. Спадковий договір це один із способів розпорядження спадковим майном, відчужувач визначає свого правонаступника, тому уступка вимоги за спадковим договором суперечила б волі відчужувача.

¹ Актуальні проблеми спадкового права : навч. посіб. / за ред. Ю. О. Заїки, О. О. Лов'яка. Київ : КНТ : ЦУЛ, 2014. С. 127.

² Постанова Верховного Суду від 15 липня 2019 р. по справі № 569/8845/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/83230316> (дата звернення: 25.06.2020).

³ Фурса С. Я. Становлення і розвиток спадкування в Україні. *Правова система України: історія, стан та перспективи* : у 5 т. Т. 3 : Цивільно-правові науки. Приватне право / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Харків : Право, 2008. С. 406.

Характеризуючи інститут спадкового договору зазначимо таке: майно, яке є предметом договору, не входить до складу спадщини і на нього не поширюється право на обов'язкову частку; спадковий договір як двосторонній правочин не може бути скасований відчужувачем в односторонньому порядку; укладений договір скасовує заповіт його повністю або у частині, де предмет договору збігається з майном, яке було заповідане; дії, які зобов'язаний вчинити набувач, повинні бути конкретизовані і визначені у часі; після смерті відчужувача майно стає власністю набувача без вчинення ним будь-яких додаткових фактичних чи юридичних дій, набувач не стає правонаступником відчужувача в частині задоволення вимог кредиторів; спадковий договір не можна вважати таким, що укладений під відкладальною обставиною, оскільки смерть відчужувача не є обставиною, стосовно якої невідомо чи настане вона, чи ні, водночас на відміну від інших цивільно-правових договорів смерть однієї із сторін хоча і припиняє договір, проте може бути підставою для виникнення зобов'язань у контрагента, в тому числі і на користь третіх осіб; до спадкового договору застосовуються норми загальних положень про зобов'язання та договори з урахуванням його особливого фідучіарного характеру.

Сумнівним є розміщення спадкового договору в кн. 6 «Спадкове право», оскільки сам законодавець, визначаючи види спадкування в ст. 1217 ЦК України, згадує лише про спадкування за заповітом або за законом. В цьому розділі законодавець не випадково відмовився від понять, які використовує у попередніх розділах («заповідач», «спадкодавець»), а використовує терміни «набувач», «відчужувач», тобто термінологію договорів по передачі майна у власність (купівля-продаж, дарування, довічного утримання), що свідчить про певну належність спадкового договору до цієї категорії договорів.

За своїм змістом спадковий договір передбачає набуття певних прав і обов'язків ще за життя відчужувача, що суперечить правовій природі спадкування, оскільки набуття і здійснення спадкових прав можливе лише за неодмінної умови – смерті спадкодавця. Якщо ж спадковий договір не належить до видів спадкування, то відсутні підстави для відведення йому місця серед норм, які регламентують спадкові правовідносини. Виконання спадкового договору після смерті відчужувача за певних обставин може бути досить проблематичним, оскільки відсутній правовий механізм його реалізації. Покладення на нота-

ріуса обов'язків щодо контролю за виконанням спадкового договору набувачем має декларативний характер. Інститут спадкового договору у чинній редакції не може не суперечити основним засадам інституту необхідних спадкоємців, які набувають право на обов'язкову частку спадщини незалежно від змісту заповіту. Законодавцю необхідно або відмовитися від державного захисту інтересів непрацездатних спадкоємців, який має місце у всіх цивілізованих країнах, або переглянути редакцію цієї інституції. З метою захисту інтересів спадкоємців, яких чинне законодавство наділяє правом на обов'язкову частку у спадщині, предмет спадкового договору необхідно визначати з урахуванням цього права і обраховувати обов'язкову частку із майна, яке буде передане у власність за спадковим договором.

Правове регулювання відносин між власником майна і його правонаступником на зобов'язальних засадах, настання негативних наслідків для контрагентів при невиконанні зобов'язання виходить за межі спадкових правовідносин, що виключає можливість розглядати інститут спадкового договору як інституцію спадкового права. Оскільки між відчужувачем і набувачем виникають двосторонні зобов'язальні зв'язки, то такі правовідносини за правовою природою характерні для інституту зобов'язального права.

Предмет спадкового договору «майно відчужувача» не збігається з поняттям «склад спадщини». Оскільки у спадковому договорі йдеться не про спадщину, а про власність контрагента за договором, то з урахуванням нормативного регулювання доцільно структурно розмістити цей договір у розд. III «Окремі види зобов'язань» після договорів довічного утримання і ренти під назвою «договір про відчуження майна на випадок смерті».

АВТОРСЬКИЙ КОЛЕКТИВ



Кузнєцова Наталія Семенівна, доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України, Заслужений діяч науки і техніки України, віце-президент – керівник Київського регіонального центру Національної академії правових наук України, член Робочої групи з рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України – передмова.



Луць Володимир Васильович, доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України, Заслужений діяч науки і техніки України, головний науковий співробітник відділу проблем приватного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України – підрозділ 7.1.



Гриняк Андрій Богданович, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, завідувач відділу проблем приватного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України – підрозділи 4.1, 4.3.



Кот Олексій Олександрович, доктор юридичних наук, старший дослідник, член-кореспондент Національної академії правових наук України, Заслужений юрист України, провідний науковий співробітник відділу проблем приватного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України – розділ 6.



Пленюк Мар'яна Дмитрівна, доктор юридичних наук, професор, завідувач сектору проблем договірних права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України – підрозділи 2.1, 2.3, 2.4, 4.2.



Заїка Юрій Олександрович, доктор юридичних наук, професор, головний науковий співробітник відділу проблем приватного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України – розділ 8.



Жорнокуй Юрій Михайлович, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного права і процесу факультету № 6 Харківського національного університету внутрішніх справ – підрозділ 7.2.



Калаур Іван Романович, доктор юридичних наук, професор, Заслужений юрист України, народний депутат України, провідний науковий співробітник відділу проблем приватного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України – розділ 3.



Лукашевич-Крутнік Ірина Степанівна, доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри цивільного права і процесу Західноукраїнського національного університету – підрозділ 5.2.



Міловська Надія Василівна, доктор юридичних наук, доцент, провідний науковий співробітник відділу проблем приватного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України – підрозділи 5.4, 5.5, 5.6.



Олюха Віталій Георгійович, доктор юридичних наук, доцент, провідний науковий співробітник відділу проблем господарсько-правового забезпечення економічної безпеки Державної установи «Інститут економіко-правових досліджень ім. В. К. Макутова Національної академії наук України» – підрозділ 1.1.



Федорченко Наталія Володимирівна, доктор юридичних наук, професор, провідний науковий співробітник відділу проблем приватного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України – підрозділи 5.1, 5.7.



Великанова Марина Миколаївна, доктор юридичних наук, доцент, доцент кафедри міжнародних відносин Київського національного університету культури і мистецтв – підрозділи 1.2, 4.5.



Гуцуляк Володимир Казимирович, кандидат юридичних наук – підрозділ 4.4.



Демчук Антон Михайлович, кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Волинського національного університету імені Лесі Українки – підрозділ 5.3.



Походжук Роман Васильович, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу проблем приватного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України – підрозділи 1.3, 2.2.



Сіщук Ліліана Василівна, кандидат юридичних наук, завідувач Лабораторії проблем корпоративного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України – підрозділ 7.3.



Хоменко Вікторія Олександрівна, кандидат юридичних наук, молодший науковий співробітник відділу проблем приватного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України – підрозділи 7.4.

Наукове видання

О Н О В Л Е Н Н Я Д О Г О В І Р Н О Г О Р Е Г У Л Ю В А Н Н Я П Р И В А Т Н О П Р А В О В И Х В І Д Н О С И Н В У К Р А Ї Н І

Монографія

Видається в авторській редакції

Коректор *О. М. Нещеретна*
Комп'ютерна верстка *А. Т. Гринченка, О. А. Лисенко*

Підписано до друку 15.10.2020.
Формат 60×90 ¹/₁₆. Папір офсетний. Гарнітура Times.
Ум. друк. арк. 27,45. Обл.-вид. арк. 24,85. Вид. № 20-006.
Тираж 100 прим.

Видавець: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України
вул. Раєвського, 23а, м. Київ, 01042

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи до державного реєстру
видавців, виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції,
серія ДК № 4758 від 07.08.2014 р.

Виготовлювач: Видавництво «Право» Національної академії правових наук
України та Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
вул. Чернишевська, 80а, м. Харків, 61002, Україна
Тел./факс (057) 716-45-53

Сайт: www.pravo-izdat.com.ua
E-mail для авторів: verstka@pravo-izdat.com.ua
E-mail для замовлень: sales@pravo-izdat.com.ua

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 4219 від 01.12.2011 р.

Виготовлено у друкарні ФОП Дуюнова Л. М.
Тел. (057) 717-28-80