

ВІСНИК

АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

№ 3 (38)

Заснований у 1993 році



Харків
2004

зміною договору (ст.ст. 651–652 ЦК), внаслідок чого змінюються зобов'язання сторін (ч. 1 ст. 653 ЦК).

Наявність у законодавстві (не кажучи про можливі умови договору) досить значної кількості винятків із загального правила щодо стабільності зобов'язань не дає підстав для визнання стабільності зобов'язань принципом виконання договірних зобов'язань. Це лише одна з вимог (умов), що стосуються договірних зобов'язань в умовах нинішнього цивільно-правового регулювання.

Натомість, на нашу думку, є всі підстави для визнання спеціальним (інституційним) принципом виконання договірних зобов'язань *принципу обов'язковості договору*, закріпленого в ст. 629 ЦК (*pacta sunt servanda*). Згідно з цією статтею договір є обов'язковим для виконання сторонами. Як влучно зазначив Ю. Басін, «свобода договору, але не свобода від договору»¹.

Отже, з огляду на викладене, всі принципи виконання договірних зобов'язань можна класифікувати таким чином:

а) загальноцивільні (галузеві) принципи: свобода договору, свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом, судовий захист цивільного права та інтересу;

б) принципи зобов'язального права (підгалузеві): справедливість, добросовісність, розумність;

в) спеціальні (інституційні) принципи виконання зобов'язань: принцип належного виконання, принцип обов'язковості договору.

Надійшла до редколегії 07.04.04

О. Подцерковний, доцент Одеського національного університету

Недоліки норм про свободу договору в новому Цивільному кодексі України

Прийняття нового Цивільного кодексу України (ЦК) вимагає переосмислення найважливішого принципу цивільного права — принципу свободи договору.

Загальна констатація цього принципу в ст. 3 ЦК знаходить несподіваний розвиток у ч. 3 ст. 6 ЦК: «Сторони в договорі можуть

¹ Див.: Басин Ю. Г. Вказ. праця. — С.90.

відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд». Автори коментарю до ЦК називають це правом «використовувати існуючі норми законодавства для регламентації своїх відносин або установити для себе правила поведінки на свій розсуд»¹. Відповідно до абз. 2 ч. 3 ст. 6 ЦК «сторони в договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано на це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами». Тобто, «позанормативна поведінка не тільки дозволяється, але й визнається за правилом»². «Отже, — за думкою З. Ромовської, яку поділяє М. Сібільов, — у договірній сфері закон перестає вважатися істиною в останній інстанції, сторони мають право відступати від його положень, коригуючи його до своїх інтересів»³.

Інакше кажучи, це означає, що зміст договору за загальним правилом має верховенство перед змістом закону!? Цей висновок знаходить неодноразове підтвердження в тексті ЦК України.

Так, ч. 1 ст. 13 ЦК передбачає, що особа здійснює цивільні права «у межах, наданих їй договором або актами цивільного законодавства». Сполучник «або» в цьому контексті означає припустимість договірних меж цивільних прав, які можуть не збігатися з межами, встановленими законодавством⁴. Частина 4 цієї статті встановлює обов'язок особи при здійсненні цивільних прав дотримуватися моральних засад суспільства, проте не передбачає обов'язок щодо додержання закону.

Частина 2 ст. 228 ЦК встановлює нікчемність правочину, який порушує публічний порядок. Проте сфера останнього звужена в ч. 1 цієї статті до порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина, знищення, пошкодження майна фізичної або юри-

¹ Цивільний кодекс України: Коментар / Під ред. Є. О. Харитонova та О. М. Калітенко. — Х., 2003. — С. 12.

² *Беляневич О. А.* «Публічний порядок» як оціночна категорія договірного права: спроба тлумачення // Вісник господарського судочинства. — 2004. — № 1. — С. 334.

³ *Ромовська З.* Проблема загальної теорії права у проєкті ЦК України // Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгерта. — К., 2000. — С. 42; *Сібільов М.* Зміст цивільно-правового договору // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 1. — С. 98.

⁴ Аналогічно виникає альтернатива правового джерела при виконанні цивільних обов'язків (ст. 14 ЦК).

дичної особи, держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади, незаконного заволодіння ним. Більшість законодавчих приписів, таким чином, залишається поза межами категорії публічного порядку.

Згідно зі ст. 551 ЦК сторони договору мають право не тільки збільшити розмір неустойки, встановлений законом, але й зменшити її розмір (крім випадків, прямо передбачених законом). Отже, сам факт закріплення розміру неустойки в законі перестає вважатися підставою обмеження договірної волевиявлення¹.

Частина 1 ст. 627 ЦК при характеристиці свободи договору передбачає необхідність урахування положень акта справедливості. Однак застереження «відповідно до ст. 6 цього Кодексу» кардинально змінює значення цих регуляторів. Їх дія набуває значення для сторін договору лише за відсутності спеціальної договірної умови.

Правила, передбачені в ЦК для публічних договорів, стають винятками із принципу свободи договору, підтверджуючи його спрямованість. Відповідно до ч. 6 ст. 633 ЦК умови публічного договору, які суперечать правилам, обов'язковим для сторін при укладанні і виконанні публічного договору, є нікчемними. Аналогічне правило не передбачене для «приватного» договору, що підтверджує примат останнього перед законом. Нікчемність умов «приватного» договору, які порушують права тієї чи іншої сторони, ЦК передбачає лише в окремих випадках (наприклад, ч. 3 ст. 121, абз. 2 ч. 1 ст. 739, абз. 2 ч. 2 ст. 780, ч. 9 ст. 1109, абз. 2 ч. 1 ст. 1137 та ін.).

На перший погляд, абз. 2 ч. 3 ст. 6 ЦК України встановлює випадки обмеження свободи договірної розсуду. Сторони не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства (1) за наявності прямого застереження про це в акті цивільного законодавства, а також (2) за умови, якщо обов'язковість положень актів цивільного законодавства впливає «з їх змісту або із суті відносин сторін». Однак, обмеження свободи договору, викладені у такий спосіб, означають повне безсилля закону, перш за все ЦК, перед договірним свавіллям. І ось чому.

Нормам чинного законодавства України не властиве суцільне використання прямих заборон на зміну в договорі встановлених у законодавстві положень. Якщо такі нормативні заборони і трапляються, то вони мають не регулятивне, а здебільшого декларативне значення, окремо підкреслюючи непорушність найвагоміших прав

¹ Йдеться про правовідносини загальноцивільного характеру.

особи. Наприклад, так відбувалося при забороні договірної зміни строків позовної давності (ст. 73 ЦК УРСР 1963 р.). У поширеному використанні таких заборонних застережень немає необхідності. Адже визнається верховенство закону над суспільними зв'язками — сторони договору вправі упорядкувати свої відносини на власний розсуд лише у двох випадках: (1) за відсутності законодавчого регулювання у відповідній сфері, або (2) якщо акт цивільного законодавства містить дозвіл на вільне договірне встановлення (диспозитивну норму) — за наявності такого регулювання. В усіх інших випадках волевиявлення сторін договору обмежується імперативними (обов'язковими) нормами права. З прийняттям нового ЦК положення змінюється на протилежне — за загальним правилом законодавчі правила визнаються необов'язковими для сторін договору, а обов'язковість актів цивільного законодавства має підтверджуватися перш за все спеціальними нормативними застереженнями про обмеження договірної свободи.

В цьому сенсі постає в непередбачуваному вигляді положення ч. 3 ст. 6 ЦК про обов'язковість положень законодавства «виходячи з їх змісту».

Загальноприйнятим є те, що положення актів цивільного законодавства, починаючи від Конституції України та закінчуючи прийнятими на підставі законів підзаконними актами за відсутності спеціальних застережень, є природно обов'язковими. Проте ч. 3 ст. 6 ЦК ігнорує цей постулат і припускає пошук елемента обов'язковості в змісті всіх норм цивільного права, навіть у тих, які на сьогодні визнаються обов'язковими лише за одним критерієм — відсутністю застереження про можливість вільного договірного встановлення. Такий пошук обов'язковості норм цивільного права не тільки позбавлений теоретичного обґрунтування, а й не пристосований до практичної реалізації. Вирішення питання про те, який елемент у змісті норми права вказує на її обов'язковість, може слугувати предметом судового спору, але на стадії укладення договору виглядає настільки абстрактно, що неминуче провокує хаотичний відступ від встановлень актів цивільного законодавства або ігнорування ч. 3 ст. 6 ЦК.

Наприклад, ч. 2 ст. 947 ЦК передбачає: «Витрати, які сторони не могли передбачити при укладанні договору зберігання (надзвичайні витрати), відшкодовуються понад плату, яка належить зберігачеві». Виникає питання: чи може договір у цьому випадку встановити зворотну залежність, коли відшкодування надзвичайних

витрат ляже на плечі зберігача? Відповідь, яка була очевидною для ЦК УРСР 1963 р., тепер виглядає суперечливою, адже прямої заборони на «власний розсуд сторін» норма ЦК не містить, а елемент обов'язковості тлумачити та визначати без спору дуже важко. Аналогічно виникають сумніви щодо «обов'язковості» положень ч. 4 ст. 672, абз. 2 ч. 1 ст. 685, ч. 6 ст. 694, ч. 1 ст. 1021, абз. 2 ч. 1 ст. 1134 ЦК та в інших нечисленних випадках.

За цих умов навіть традиційно абстрактне формулювання «виходячи із суті відносин сторін» виглядає більш зрозумілим при вирішенні питання про можливість договірної ігнорування закону. Наприклад, неприпустимим виявляється встановлення плати за договором позички (ст. 827 ЦК), бо такий договір за своєю суттю є безоплатним. У той же час категорія «суть відносин» слабко пристосована для того, щоб забезпечувати обов'язковість законодавчих норм. Це пов'язано з тим, що ЦК передбачає можливість укладання змішаних договорів (ст. 628). Тому, обґрунтовуючи свій договір змішаним характером, сторони договору довічного утримання (догляду), наприклад, можуть дозволити собі відступити від положень ст. 748 ЦК та передбачити, що право власності набувача виникає не з моменту нотаріального посвідчення договору, а після смерті відчужувача. Знову невизначеність між свободою та необхідністю, шкідлива для правозастосування.

М. Сібільов при аналізі можливості обмеження дії принципу свободи договору законодавчими встановленнями, звичаями, принципами розумності і справедливості дійшов висновку про те, що «таке дійсно може бути, але лише тоді, коли саме в акт цивільного законодавства щоразу буде вміщено застереження, сформульоване в абз. 2 ч. 3 ст. 6 ЦК»¹. Автори методичних рекомендацій щодо вивчення суддями Цивільного та Господарського кодексів пишуть, що хоча «це положення не є достатньо визначеним», при правозастосуванні має бути враховано, що сторони вправі у договорі відступити від положень ЦК «за відсутності заборони, що впливає із ч. 3 ст. 6 ЦК»².

Нормативне застереження, яке являє собою заборону на договірну «вільність», не може охоплюватися традиційним викладом

¹ Сібільов М. Вказ. праця. — С. 98.

² Войтюк І. А., Карабань В. Я., Ротань В. Г., Шевчук П. І. Програма спеціального курсу «Нові Цивільний та Господарський кодекси України» для суддів судів загальної юрисдикції України: Методичні рекомендації щодо вивчення Цивільного та Господарського кодексів України. — К., 2003. — С. 17–18.

імперативної норми права. Інакше значення свободи договірною розсуду за ст. 6 ЦК втрачає будь-який сенс. Імперативна норма права за ЦК має містити спеціальне застереження типу «не допускається включення в договір...», «особа не може бути позбавлена...» чи аналогічне їм. Наприклад, у ч. 2 ст. 123 ЦК говориться про те, що «позбавлення учасника повного товариства права на участь у розподілі прибутку і збитків не допускається». Тут формулювання «позбавлення ... не допускається» за змістом ст. 6 ЦК саме означає заборонне застереження закону, що служить перешкодою на шляху договірною розсуду. Подібні застереження можна зустріти приблизно в 50 із 1308 статей ЦК. Зважаючи на це нескладно уявити масштаби намічуваної договірної сваволі.

Положення ЦК про обов'язковість положень законодавства в сфері публічних договорів також не вирішують проблеми. По-перше, сфера застосування публічного договору істотно обмежена. Частина 1 ст. 633 ЦК прямо відносить до неї роздрібну торгівлю, перевезення транспортом загального користування, послуги зв'язку, медичне, готельне, банківське обслуговування тощо. Публічними визнаються договір побутового прокату та деякі інші договори. По-друге, критерію, за яким договір може бути визнаний публічним: коли «одна сторона — підприємець взяла на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до неї звернеться, — легко можна буде позбутися. Для цього вистачить оголошення про неприйняття особою обов'язку «здійснювати продаж кожному». Як результат можливість договірною звільнення від законодавчих обов'язків робить більш ніж реальним засилля вивісок типу «face control».

Схоже, що приватноправові ідеї сучасних реформаторів ставлять під загрозу існуючий правопорядок. Забуто класичне правило римського приватного права: «Не все, що дозволено, гідне поваги». В угоду недосяжній «абсолютній свободі» руйнуються механізми правотворчості й усталені правові підходи. І це при тому, що юридична література, в тому числі сучасна, присвячена обмеженням принципу свободи договору, майже неосяжна. «В усьому світі суперечності закону і добродійності вважаються порушенням, що призводить до визнання договору недійсним»; у розвинутих країнах Європи останнім часом ідеї справедливості в договірному праві превалюють над ідеями свободи¹.

¹ Докладніше про це див.: Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. — М., 1998. — Т. 2. — С. 12—16, 80.

Проблема принципу свободи договору виходить на рівень загальногуманітарного значення права як інституціонально-нормативного утворення.

Що є закон порівняно з договором — жалюгідний придаток, котрий презумується як інформаційно-рекомендаційний акт, чи могутній інструмент регулювання суспільних, у тому числі договірних, зв'язків? Це питання, очевидне у своїй відповіді для пересічного громадянина, завдяки новелам ЦК постає вузлом нерозв'язних проблем і суперечностей.

Немає потреби конкретизувати приклади, коли зміст договорів нав'язується одними учасниками майнових відносин іншим. Нормою життя стає ситуація, коли економічно сильний суб'єкт господарювання нав'язує більш слабким суб'єктам не вигідні умови, які порушують приписи законів, публічний порядок, моральні засади і звичаї ділового обороту. Такі випадки відомі всім, трапляються повсюдно, починаючи від засновницьких договорів і закінчуючи договорами про інвестування будівництва житлових будинків. Однак, якщо зараз на сторожі споживачів стоїть закон, то в майбутньому більшість з нас виявляться беззахисними перед «договірною самодіяльністю» суб'єктів підприємництва. Адже можна бути певним — законодавець не в змозі буде забезпечити кожну імперативну норму оболонкою у вигляді заборони на її зміну в «приватному» договорі.

Стає реальним небачене досі свавілля «сильних світу цього», для яких і без того, завдяки слабкості судової системи, закон «не указ». Нерівність, що набула економічного характеру, одержить тепер юридичну підставу.

На цьому тлі слід віддати належне консерватизму Господарського кодексу України (ГК), який закріпив принцип свободи господарського договору в межах, що не суперечать закону. Так, у ст. 179 ГК передбачається, що «сторони мають право погоджувати за своїм розсудом будь-які умови договору, що не суперечать законодавству». Тому сторони господарських договорів «не мають права відступити від положень Господарського кодексу (крім випадків, коли таке прямо дозволяється)»¹. Проте, оскільки ГК встановлює лише особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання, дія відповідних положень не поширюється на відносини за участю негосподарюючих суб'єктів.

¹ *Войтюк І. А., Карабань В. Я., Ротань В. Г., Шевчук П. І.* Вказ. праця. — С. 18.

Ще в 1997 р. Координаційне бюро Академії правових наук України з проблем господарського і комерційного права звертало увагу розробників ЦК на соціально-економічну небезпеку пропонуваного в проекті ЦК механізму реалізації принципу «свободи договору». Зокрема вказувалося: застереження закону, що забороняє відхилення в договорі від акта цивільного законодавства, «у реальних умовах є ефемерним, оскільки законодавцю дуже важко заздалегідь передбачити всі можливі випадки свавілля в підприємницькій сфері і спеціально зазначити міру обов'язковості тих чи інших положень»¹.

У той час зауваження вчених-господарників були проігноровані. Тепер, у зв'язку з набуттям чинності ЦК, стало очевидним висловлене тоді занепокоєння.

Невже законодавець щоразу в будь-якому законі має підтверджувати його обов'язковість?!! Невже принцип законності, закріплений у ст. 68 Конституції, вимагає тавтологічних застережень?!!

Д. Євдокімов зазначає, що «ідея беззахисності перед договорною свободою перебільшена, бо збережений головний принцип — усі диспозитивні норми договору приймаються відповідно до імперативної норми закону. Так, п. 2 ст. 6 ЦК України приписує: сторони мають право врегулювати у договорі, який передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, які не врегульовані цими актами ... Інакше кажучи, законодавець не зобов'язаний забезпечувати кожну імперативну норму оболонкою заборони на її зміну в приватноправовому договорі — відповідно до імперативної норми контрагенти розвивають та поглиблюють подальшу регуляцію цих відносин»².

Цими поясненнями задовольнитися не можна. По-перше, договір аж ніяк не може утворювати диспозитивні норми. Нормативність — це властивість узагальнюючого явища, яка не притаманна індивідуальному (конкретному) акту, котрим є договір. По-друге, імперативна норма закону та «подальша регуляція сторін» взаємно виключають одна одну. Саморегуляція можлива лише там, де відсутня імперативна норма. По-третє, таке просторове пояс-

¹ Лист Координаційного бюро АПРН України з проблем господарського і комерційного права. Листопад 1997 р. // Забезпечення суспільного господарського порядку / Збірник виступів у періодичній пресі вчених і практиків. — Донецьк, 1998. — С. 139—141.

² Євдокімов Д. К вопросу принципа свободы договора // Юридическая практика. — 2003. — 20 окт. — № 43.

нення не дає відповіді на головне питання: чи змінює припис ч. 3 ст. 6 ЦК структуру імперативної норми, за якої вона вважається диспозитивною в разі відсутності застереження-заборони?

Більшість вітчизняних цивілістів, навіть ті, що спеціально досліджують принцип свободи договору, оминають цю проблему. Побічно це підтверджує, що наслідки запровадження примату договору перед законом не були досконало вивчені. Наприклад, А. Луць, аналізуючи положення ч. 3 ст. 6 ЦК, тлумачить його зміст таким чином, що імперативні норми підзаконних актів не можуть обмежувати «свободу сторін договору в укладанні та визначенні його умов на свій розсуд»¹. Цей висновок не тільки підмінює аналіз співвідношення закону і договору аналізом юридичної сили підзаконних актів, а й є помилковим за своєю суттю. Адже підзаконні акти є частиною цивільного законодавства, якщо вони прийняті «у випадках і в межах, встановлених Конституцією України та законом» (ч. 5 ст. 4 ЦК). А тому імперативні норми правомірних підзаконних актів є такими ж обов'язковими для сторін договору, як і імперативні норми законів. Що ж стосується центральної проблеми ч. 3 статті 6 ЦК, то вона полягає у зміні співвідношення диспозитивних та імперативних норм цивільного права.

Позиція ЦК означає, що будь-яка норма закону за загальним правилом визнається диспозитивною для сторін «приватного» договору. Що ж стосується імперативної норми, то за змістом ст. 6 ЦК, крім нормативного зобов'язання, вона має містити також заборону на відхилення від закладеного в ній обов'язку. Звернемо увагу — не санкцію за порушення передбаченого законом обов'язку, а додаткову оболонку — пряму заборону! Воістину, — це переверот у вітчизняній теорії права. Розподіл законодавчого матеріалу на дозвільні, зобов'язуючі і заборонні норми, таким чином, знецінюється.

Тим часом, зобов'язання і заборона суть два самостійні способи правового регулювання. Нівелювати їх — означає входити в суперечку із прийомами законотворчості, ігнорувати традиції національного права, нарешті — позбавляти вітчизняне право інструментів ефективного впливу на суспільні відносини, провокувати безсилля закону.

Регулятивна сила будь-якого закону ґрунтується в першу чергу на імперативних нормах, від положень яких суб'єкти відступи-

¹ Луць А. В. Свобода договору у цивільному праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2001. — С. 13.

ти не можуть. Ось чому Г. Шершеневич, визначаючи співвідношення прав і обов'язків, писав: «Важливо не те, що може суб'єкт права, а чого не сміють суб'єкти обов'язків»¹. Сторонам договору може бути надане право відступати від положень законодавства в окремих випадках, передбачених у диспозитивних нормах, але не повсюдно.

Як доречно зауважив А. Танага, диспозитивними слід вважати норми, які прямо надають сторонам можливість змінювати їх правила чи виключати їх застосування. Ті ж норми, які не містять вказівок типу «якщо інше не передбачено договором», за загальним правилом є імперативними². Саме тому регулятивна сила диспозитивної норми пов'язана з відсутністю специфічного договірного встановлення. Регулятивна (примусова) сила імперативної норми безумовна.

Невипадково О. Йоффе зазначав, що «зобов'язуючи до здійснення якої-небудь дії, норма забороняє стримування від її здійснення, як і навпаки, забороняючи здійснення певної дії, вона зобов'язує до її нездійснення»³. Ця теза підтримана І. Самощенком: «Вимога державою певної поведінки є одночасно і заборона поведінки, яка відступає від належної»⁴.

В. Тархов пише, що «неможливо все недозволене виразити в заборонах». На його думку поведінка, що відступає від запропонованої, має розглядатися як заборонена, навіть якщо прямої заборони немає; «правильно говорити про несуперечність закону, а не про заборону»⁵.

Тому жорстке прив'язування зобов'язання до заборони важко не тільки пояснити, а й пристосувати до напрацьованих науково-правових підходів.

Надання імперативній нормі ускладненої структури означає труднощі для учасників законодавчого процесу. Адже парламентарії мають враховувати необхідність наповнення кожної законодавчої норми застереженнями про її обов'язковість для сторін договору. Звичайно, що найближчим часом здійснити таке «казуїстичне» наповнення поточного законодавства неможливо.

¹ Шершеневич Г. Общая теория права. — 1912. — Вып. III. — С. 574.

² Див.: Танага А. Н. Принцип свободы договора в гражданском праве России. — СПб, 2003 — С. 60.

³ Йоффе О. С. Правоотношение по советскому гражданскому праву // Йоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву. — М., 2000. — С. 562.

⁴ Самощенко И. С. Понятие правонарушения по советскому законодательству. — М., 1963. — С. 76—77.

⁵ Тархов В. А. Гражданские права и ответственность. — Уфа, 1996. — С. 14.

Оскільки законодавчі правила завжди спрямовані на встановлення справедливої міри суб'єктивних прав та законних інтересів, можливість відступати від цих правил неминуче призведе до порушення балансу таких прав (інтересів) на користь однієї із сторін договору. Як слушно відзначав В. Вердніков, «протиправна дія не тільки суперечить об'єктивному праву, а й найчастіше також одночасно порушує суб'єктивне право іншої особи»¹.

Співвідношення диспозитивних та імперативних норм у поточному законодавстві неоднорідне — останні становлять переважну більшість. І це не дивно, бо закріплений у ст. 19 Конституції України принцип правопорядку «ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством» зумовлює спрямованість законодавчої роботи на встановлення розумних обов'язків учасників суспільних відносин. Такі обов'язки на тлі загальнодозволеної поведінки і складають кістяк правової системи. Закон не може бути рекомендацією. Сам факт його прийняття, а не додаткові застереження, означає становлення рамок суспільновиправданої поведінки. Зміст економічної реформи полягає в розширенні, головним чином усвідомленому і цілеспрямованому, сфери застосування диспозитивних норм, а не в суцільному «під один гребінець» знецінюванні імперативних норм на користь диспозитивних.

Розуміючи це, законодавець Російської Федерації в ст. 421 ЦК РФ співвідніс принцип свободи договору із конкретними параметрами поведінки: свобода права на вступ у договірні відносини, презумпція заборони примушування до укладання договору, свобода формулювання змішаних договорів, застосування диспозитивної норми остільки, оскільки угодою сторін не встановлено інше. Свобода розсуду сторін договору обмежена випадками, «коли зміст відповідної умови запропонований законом чи іншими правовими актами» (ст. 421 ЦК РФ). Більш того, розуміючи важливість впровадження принципу законності в договірну сферу, законодавець РФ у ст. 422 ЦК спеціально, по суті повторно, підкреслив примат імперативної норми перед умовою договору: «Договір має відповідати обов'язковим для сторін правилам, установленим законом та іншими правовими актами (імперативним нормам), що діють на момент його укладання».

До речі, у старому російському законодавстві передбачалося, що мета договору «повинна бути непротивна законам, благочинству і суспільному порядку» (ст. 1528 Законів цивільних)².

¹ Вердніков В. Г. Глава 23 підручника «Советское гражданское право». — М., 1965. — Т. 2 — С. 335.

² Свод законов Российской империи. — Т. X. — Ч. 1.

Сучасні цивільні кодекси передових країн світу не менш жорстко підходять до обмеження свободи договору. Так, у ЦК Нідерландів зазначено: «Договір, укладений однією із сторін на виконання підприємницької або іншої професійної діяльності, не тільки підпадає під дію положень закону, а й підпорядковується стандартному регулюванню, якщо таке стандартне регулювання діє в галузі, в якій відбувається виробнича діяльність цієї сторони...» (Кн. 6, розділ 5, ст. 214). Стаття 6 ЦК Франції встановлює: «Не можна порушувати приватними угодами суспільний порядок і добрі звичаї». Згідно з п. 3 ст. 6 ЦК Іспанії «дії, що суперечать імперативній нормі закону, є нікчемними, якщо інший наслідок не передбачений законом».

От як оцінюють цю ситуацію відомі цивілісти М. Брагинський і В. Вітрианський: «Свобода договорів могла би стати абсолютною тільки за умови, якби сам Кодекс (ЦК. — *О. П.*) та всі видані на його підставі правові акти складалися виключно з диспозитивних і факультативних норм. Але неважко передбачати, що такий шлях потяг би за собою негайну загибель економіки країни, її соціальних програм, а з ними разом повергнув би в хаос саме суспільство. Невипадково законодавство жодної з існуючих в історії країн не пішло цим шляхом»¹. Останнє, на жаль, не аргумент для розробників ЦК України.

Новели принципу свободи договору породжують внутрішні суперечності ЦК. Так, якщо виходити з презумпції пріоритету договірної волі сторін перед законодавчими приписами, то втрачається сенс у формулюваннях закону типу «якщо інше не встановлене угодою сторін». Тим часом, ЦК у численних статтях використовує таке традиційно диспозитивне застереження: при закріпленні платного характеру послуги помічника дієздатної особи, при встановленні принципу пропорційного розподілу прибутків і збитків повного товариства, при закріпленні права на вільне ознайомлення з особистими паперами фізичної особи в бібліотечі тощо (ст.ст. 78, 123, 129, 130, 305, 363, 429, 430, 506 та ін.). Вибірковий характер зазначеного диспозитивного застереження моментально виявляє суперечність із загальним принципом свободи договірної розсуду. Впевненість у цьому посилюється при констатації величезного, але вибіркового масиву статей ЦК, де вживається застереження «якщо інше не встановлене законом або договором» (ст.ст. 23, 123, 191, 322, 331, 332, 334, 357, 368, 370, 379, 403, 405, 440, 467, 474, 477 та

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. — М., 2002. — С. 158.

ін.). Тобто, в основному тексті ЦК використовуються звичні для вітчизняного права законодавчі прийоми у формулюванні диспозитивних правил.

У численних статтях ЦК застосовується традиційне імперативне застереження «якщо інше не встановлене законом» (ст.ст. 12, 27, 87, 99, 116, 133, 176, 214, 229, 268, 290, 291, 311, 320, 368, 411, 419, 425, 494, 496, 501, 513 та ін.). Простежується відвертий намір законодавця обмежити договірний розсуд. До таких випадків належать, зокрема: встановлення права учасника господарського товариства на участь в управлінні товариством, обмеження відповідальності держави за боргами створених нею юридичних осіб, запобігання взяттю органів та інших анатомічних матеріалів з тіла померлої людини, обмеження позбавлення права інтелектуальної власності та ін. Однак у зв'язку з відсутністю спеціального застереження «у душі» ст. 6 ЦК виходить, що «інше» може бути встановлено договором сторін. Таким чином, у тих випадках, коли ЦК цілеспрямовано прагне надати відносинам певного публічного порядку, він сам виявляється неспроможним перед закріпленою в ч. 3 ст. 6 новелою щодо «свободи договору». У цих умовах не варто розраховувати на чіткість імперативних формулювань інших актів цивільного законодавства. Заручниками виникаючої водночас недосконалості імперативних норм стають всі і кожний.

У ст. 203 ЦК на відміну від положень ст. 6 ЦК передбачається, що правочин не може суперечити ЦК, іншим актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства. Порушення цієї вимоги є підставою для визнання правочину недійсним (ст. 215 ЦК). Тим часом неможливо уявити собі умови договору, за якими сторони договору відступають від положень акта цивільного законодавства, проте не увійдуть у суперечність з ним.

Практика застосування ЦК виявляє тенденції до ігнорування новели ст. 6 ЦК щодо права на договірний відступ від поведінки, приписаної законодавством. Так, 27 листопада 2003 р. Кабінет Міністрів України подав до Верховної Ради законопроект «Про внесення змін до Господарського кодексу України» (реєстр. № 4445). Серед іншого Уряд запропонував виключити з п. 2 ч. 1 ст. 236 ГК слова «(списання з рахунка боржника в безакцептному порядку коштів, сплачених за неякісну продукцію, тощо)». Ці пропозиції обґрунтовувалися так: «Цивільним кодексом встановлено, що підставами списання грошових коштів з рахунка клієнта є його розпорядження банку, рішення суду, а також випадки, встановлені договором між банком і клієнтом. Інших підстав для списання

коштів з рахунка клієнта Цивільним кодексом не встановлено»¹. Але ж ГК встановлює таку оперативну санкцію лише у випадках, коли вона передбачена в договорі. А ЦК прямо не забороняє таку умову договору. Чому ж Уряд України тлумачить норми ЦК як такі, від яких не можуть відхилитися сторони договору? Відповідь лежить на поверхні — приписи ч. 3 ст. 6 ЦК ігноруються.

Тому загальна умова ч. 3 ст. 6 ЦК про «необмежену свободу» договірних розсуду не тільки суперечить науковим напрацюванням і традиціям вітчизняного права, а й не вписується в інструментарій і практику застосування ЦК, створює плутанину і невизначеність. Тому необхідно негайно усунути «стороннє тіло».

Зокрема, ч. 3 ст. 6 ЦК слід викласти в новій редакції: *«Умови договору не повинні суперечити імперативним положенням актів цивільного законодавства і моральним засадам суспільства»*. Таким формулюванням буде підтверджено верховенство закону, а правовому регулюванню повернута йому визначена роль.

Якщо не вирішити на користь публічного порядку питання, поставлені в цій статті, реформа з гучними гаслами про економічну свободу може стати знаряддям безпрецедентного поправання конституційних прав і свобод громадян.

Надійшла до редколегії 20.08.04

О. Кухарев (Харківський економіко-правовий університет)

Повноваження виконавця заповіту та їх здійснення за новим Цивільним кодексом України

На відміну від Цивільного кодексу УРСР 1963 р. (далі — ЦК 1963 р.), який лише в загальній формі вирішував окремі питання щодо можливості виконання заповіту спеціальною особою, зазначеною в заповіті, — виконавцем заповіту, новий Цивільний кодекс України (далі — ЦК) від 16 січня 2003 р. присвячує виконанню заповіту окрему главу, норми якої складають інститут виконання заповіту.

¹ Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Господарського кодексу України // Веб сайт www.rada.gov.ua

Збірник наукових праць

Вісник
Академії правових наук
України

№ 3 (38)

Відповідальний за випуск
А. М. Кумака

Редактор *К. Гулий*
Коректор *О. Верховень*
Комп'ютерна верстка
і дизайн *В. Зеленька*

Підписано до друку з оригінал-макета 11.10.04.
Формат 60×84 1/16. Папір офсетний. Гарнітура Newton.
Ум. друк. арк. 17,5. Обл.-вид. арк. 17. Вид. № 181.
Тираж 500 прим. Зам. № 195

Видавництво «Право» Академії правових наук України
Україна 61002 Харків, вул. Чернишевського, 80

(Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до державного реєстру видавців, виготовників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 559 від 09.08.2001 р.)

Друкарня СПД фо Костинський А. В.
Україна 61024 Харків, вул. Лермонтовська, 27