

Київський національний торговельно-економічний університет
Кафедра міжнародного приватного, комерційного та цивільного права

ВИПУСКНА КВАЛІФІКАЦІЙНА РОБОТА

на тему:

**КОНСЕНСУАЛЬНІ ТА РЕАЛЬНІ ДОГОВОРИ В ЦИВІЛЬНОМУ
ПРАВІ**

студентки 2 курсу 8 м групи ФМТП
заочної форми навчання
спеціальності 081 «Право»
спеціалізації
«Цивільне право і процес»

Кириленко Анни Юріївни

Науковий керівник

к.ю.н., доц.

Пальчук Петро Миколайович

Гарант освітньої програми,

д.ю.н, проф.

Примак Володимир Дмитрович

Київ-2018

ЗМІСТ

ВСТУП	3
РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОГОВОРІВ ТА ЇХ ВИДИ	
1.1. Правова природа цивільно-правового договору та його ознаки.....	9
1.2. Види договорів в цивільному праві.....	16
1.3. Зміст цивільно-правового договору.....	29
РОЗДІЛ 2. ПРАВОВА ПРИРОДА КОНСЕНСУАЛЬНИХ ДОГОВОРІВ	
2.1. Вимоги щодо змісту консенсуального договору.....	41
2.2. Порядок укладання консенсуального договору та його форма.....	50
РОЗДІЛ 3. ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛЬНОГО ДОГОВОРУ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ	
3.1. Розмежування консенсуальних і реальних договорів в цивільному праві.....	70
3.2. Характеристика окремих видів реальних договорів.....	79
ВИСНОВКИ ТА ПРОПОЗИЦІЇ.....	94
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	100

ВСТУП

Актуальність теми дослідження. У сучасному розвиненому суспільстві, де існує багато розвинених компаній та дедалі більше зростає популярність бізнес тренінгів, спікери з різних куточків світу збирають величезні зали для того, щоб поділитися своєю історією успіху, не можна не сказати про те, що договір, є одним із елементів успішного бізнесу. Від того, наскільки юридично точно будуть оформлені договори, та наскільки повно буде охоплено інформації залежить долі тисячі величезних компаній. Договір є основою сучасного цивільного права. Це документ, який стає для сторін детальною інструкцією із дуже точним описом прав та обов'язків, а також порядком їх реалізації. Він слугує інструментом забезпечення стабільності у взаємовідносинах між фізичними та юридичними особами. Ось чому з найдавніших часів договори завжди були основним джерелом упорядкування правових відносин. Договір виступає не тільки юридичним документом, він також є так званим довідником для працівників, що є дуже важливим на сьогоднішній день. Договір надає картину повного розуміння ділових зав'язків та обсягу роботи, для того, щоб ніхто не міг вимагати того, що не передбачено договором, а також, для уникнення непорозумінь. Необхідність договору проявляється з наступних причин: договір конкретно вказує які права набуває сторона уклавши відповідний договір, права є обов'язковими та юридично виправданими, вони захищають сторону та обумовлюють усі важливі питання щодо виплат, договір мінімізує можливість того, що угода сторін буде не виконана.

Все вище сказане говорить про те, що договір завжди був, і являється важливим інструментом у повсякденному житті, саме тому, тема класифікації договорів є актуальною на сьогоднішній день. Класифікація договорів здійснює чіткий розподіл договорів, і слугує певним помічником, чіткий розподіл за окремими відмінностями значно полегшують суб'єктам

цивільно – правових відносин зробити правильний вибір виду договору, а користування класифікацією договорів бере свій початок ще за часів Римської імперії, тоді виникає питання, чому б законодавчо не закріпити це.

Генезис поділу договорів виділяє два центральні способи поділу, це дихотомічний, та поділ завдяки виокремленню груп договорів на основні індивідуалізованих ознак і умов.

Зокрема поділ договорів на консенсуальні та реальні, на мою думку, є одним із визначальних, саме тому даній темі присвячена робота. Консенсуальний договір досить часто зустрічається в діловому обороті, а реальний договір є важливим елементом, де фактична дія є ключовою при укладанні реального договору. Деякі види договорів можуть мати як консенсуальний так і реальний характер, наприклад договір дарування сам по собі являється реальним, проте договір обіцянки дарування вже є консенсуальним. Чому так мало уваги приділяється в законодавстві розмежуванню договорів є питанням, яке необхідно дослідити. Основною законодавчою базою договору є звичайно Цивільний кодекс України[4], який дає характеристику основних елементів договору, також це Господарський кодекс України [5], який надає загальні положення стосовно деяких видів договорів, а також це спеціальні нормативно правові акти, вимоги яких необхідно дотримуватися при укладанні певного виду договору. Наприклад, якщо укладений договір на проведення науково-дослідницьких робіт, окрім положень Цивільного кодексу України [4] необхідно здійснити аналіз таких норм: Закон України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» [18], Закон України «Про авторське право і суміжні права» [19] тощо.

Багато реальних договорів, які укладаються з тим, що сторона робить, а не зобов'язується зробити, все одно залишаються реальними, що говорить про необхідність законодавчого розмежування реальних та консенсуальних договорів для подальшого уникнення колізійних моментів у процесі реалізації договорів.

Підґрунтям для формування розуміння суті договору, та її класифікації займалися такі вчені як М. І. Брагінського, В. В. Вітрянського, О.В. Дзера, О. С. Іоффе, В. В. Луця, Р.А. Майданник, О.О. Мережко, Є.О. Хиритонов та інші.

Мета та завдання дослідження. Метою даної випускної кваліфікаційної роботи було на основі практичного застосування класифікації договорів у повсякденному житті, порівняльно-правового аналізу консенсуального та реального договору, у деяких випадках ототожнення консенсуального та реального договору та аналізу історичного підґрунтя виникнення класифікації договорів, дійти до висновків щодо важливості даної класифікації, необхідності поділу договорів на реальні та консенсуальні, а також дослідження проблем розмежування договорів, які можуть бути як реальними так і консенсуальними.

Для досягнення поставленої мети потрібно виконати такі **завдання**:

- дослідити правову природу цивільно-правового договору та його ознак;
- розкрити зміст цивільно-правового договору, та вивчити види договорів, а також розкрити проблематику диференціації істотних умов договору;
- на основі загальних положень про договір перейти до розкриття змісту консенсуального договору та його форми;
- розкрити питання недійсності та нікчемності правочинів, а також наслідків недотримання форми договору, навести варіанти конвалідції договору;
- виявити певні колізії в законодавстві, через які, правове регулювання договорів ускладняється;
- за допомогою прикладів конкретних договорів, розкрити тенденцію класифікації на реальні та консенсуальні;

- виявити та навести аргументи, які аргументують необхідність законодавчого закріплення класифікації договорів на консенсуальні та реальні.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини, які виникають в результаті укладання договорів.

Предметом дослідження в роботі є консенсуальні та реальні договори в цивільному праві.

Методами дослідження стали історико-правовий, теоретично-системний, порівняльний, гіпотетико-дедуктивний, узагальнення та інші методи.

При виконанні кваліфікаційної роботи був використаний історико-правовий метод, який застосовувався з метою дослідження та розкриття основних закономірностей становлення і розвитку договору, а також його класифікації, вивчення виникнення, розвитку та формування трактування у сучасній юридичній літературі терміну «договір» та видів договору з метою виявлення зовнішніх та внутрішніх зав'язків і суперечностей. Були виявлені суперечності та колізії у вітчизняному законодавстві через які належним чином не розкривається зміст консенсуальних та реальних договорів.

За допомогою теоретично-системного методу було розглянуто сукупність ознак реальних та консенсуальних договорів, що дало змогу дійти висновку, що дана класифікація є взаємопов'язаною через властивість договорів мати як реальний так консенсуальний характер. Завдяки накопичення теорій та поглядів різних науковців, наукових праць та нормативно правової бази було сформовано широкий та найбільш повний варіант класифікації договорів.

Із застосуванням порівняльного та гіпотетико-дедуктивного методу було досліджено спірне питання, щодо важливості класифікації договорів на консенсуальні та реальні, а також можливості злиття даної класифікації воедино. Було виведено наслідки з наведених наукових теорій та гіпотез, і

завдяки цьому сформований власний підхід щодо важливості класифікацій договорів.

Застосувавши метод узагальнення, було зафіксовано загальні властивості та ознаки різних видів договорів, класифікації договорів, правової природи, варіантів поділу договорів, вивчення теорій, та істотних умов реальних та консенсуальних договорів.

Наукова новизна дослідження полягає в комплексному дослідженні основних питань необхідності класифікації договорів, порівнянні істотних умов реальних та консенсуальних договорів, а також форми та процедури визнання договорів недійсними, виявлення недоліків щодо неповного правового регулювання реальних договорів, та законодавче не закріплення класифікації. Проведено аналіз застосування договорів у сучасності за допомогою конкретних прикладів. Внесення ясності у співвідношення та різницю поділу договорів, розкриття різних підходів до характеристики цивільно – правового договору та класифікації договорів.

Окремі положення випускної кваліфікаційної роботи викладено у статті «Розмежування консенсуальних і реальних договорів в цивільному праві», що опубліковано в збірнику наукових статей «Правове забезпечення підприємницької діяльності». - К.: Київ. нац. торг.-екон. ун-т, 2018. - С.- 9–13.

Практичне значення одержуваних результатів полягає в тому, що їх зміст у багатьох аспектах доповнює наукові дослідження з класифікації договорів. Зібраний матеріал і узагальнення можуть бути використані для підготовки узагальнюючих праць, при підготовці лекційних занять та спецкурсів у вищих навчальних закладах.

Структура випускної кваліфікаційної роботи обумовлена метою і предметом дослідження та авторським підходом до розгляду обраної теми. Випускна кваліфікаційна робота складається із вступу, трьох розділів, які включають в себе сім підрозділів, висновків та списку використаних джерел.

Повний обсяг роботи становить 111 сторінок, із яких основна частина роботи займає 94 сторінки. Список використаних джерел складається з 103 найменувань.

РОЗДІЛ 1

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРУ ТА ЇХ ВИДИ

1.1. Правова природа цивільно-правового договору та його ознаки

Договір є одним з найдавніших правових конструкцій і як правовий інститут відомий ще з давніх часів. Правова природа цивільно-правового договору бере свій початок на дуже ранніх етапах розвитку суспільства. Використання договорів протягом кількох тисяч років зумовлено насамперед тим, що йдеться про гнучку правову форму, у якій можуть виражатися різні за характером суспільні відносини. Характеризуючись своєю основною ознакою, що договір є результатом досягнутої контрагентами згоди, договірна форма посіла своє поважне місце в цивільному праві. Саме тут основне призначення договору чітко зводиться до регулювання в рамках закону поведінки суб'єктів права шляхом визначення на межі їх можливої та належної поведінки, а також наслідків порушення відповідних вимог. Еволюціонування договору є також наслідком транзитивності у правовій сфері. Транзитивність є властивістю права, що проявляється у таких його характеристиках: по-перше, праву властива динаміка; по-друге, усі прояви соціальної динаміки так чи інакше впливають на право; по-третє, право юридично закріплює соціальні зміни. Право, будучи само по собі соціальним інститутом, з одного боку, і оформляючи соціальні інститути, - з іншого, теж підпорядковується соціальним змінам в їх багатоманітності, у зв'язку з чим, у правовому розвитку можна простежити різні моделі соціальної динаміки [67, с. 112].

У сучасній юридичній літературі термін «договір» вживається в найрізноманітніших значеннях: у приватно-правовому аспекті – як

двосторонній юридичний правочин і правовідносини [80, с. 28]; у публічно-правовому – як джерело права, у філософсько-правовому – як універсальний, природний та самостійний регулятор суспільства. Разом з тим наука, як правило, вивчає договір тільки в межах окремо взятої галузі. У цьому випадку слід погодитися з тим, що підхід до розробки теорії договору як загально-правової конструкції є досить актуальним у зв'язку зі зростаючим значенням договору, як регулятора суспільних відносин. Тому, для ширшого розуміння договору звернемося до історії.

Визнання договору актом про домовленість обох сторін, було визнано ще за часів грецької правової культури римськими юристами. В часи, коли Рим був сільськогосподарською общиною, обміну товарами як такого не було, і договори були достатньо обмеженими, згодом, спочатку Гаєм (II ст. н. е.), а згодом і Юстиніаном (VI ст.н.е.) була висловлена ідея про необхідність двох основних груп: квазіделіктів і квазідоговорів, через зростання ролі договору у житті, це підтверджують слова французького філософа XIX століття А. Фульє: «договір займає дев'ять десятих чинних кодексів, а колись йому будуть присвячені в кодексах усі статті від першої до останньої», і чи можна не погодитись з цією думкою на сьогоднішній день [80, с. 28].

Вивчаючи генезис договору, необхідно підкреслити, що йому передують такі поняття як «пехум» – зв'язок, який був пов'язаний з способом передачі власності та становив процедуру підкорення однієї особи владі іншої, щоб гарантувати виплату боргу. Не менш важливим поняттям для римського права було поняття «растум» – тобто неформальні договори різного змісту, які не регулювалися нормами права та, як правило, не забезпечувалися позовним захистом. З розвитком цивільного обороту визначалися дві категорії пактів: ті, що позбавлені позовного захисту, і навпаки, ті що забезпечені позовним захистом [69, с. 26].

Уявлення про договір, як джерела права, сформувалося в республіканський період на основі форм законотворчої діяльності із грецької

культури. Римські юристи намагалися трактувати договір таким чином, щоб він був згодою, «яка вчиняється для встановлення миру» [69, с. 184]. У Кодексі Юстиніана договір визначався як угода двох чи кількох сторін про виникнення, перенесення, припинення, збереження, зміну будь-якого права (I. 1. § 2. D. de pact. 2, 14). Описуючи зобов'язання, породжені договором, Гай поділяв їх на чотири види: реальні, вербальні, літеральні та консенсуальні контракти, ця класифікація на сьогоднішній день зберігається в Кодексі Юстиніана. В античній філософії, вперше, висунув ідею суспільного договору давньогрецький філософ Протагор. Концепція суспільного договору в новий час була сформульована Горцієм, який зазначав, що природне право є джерелом права позитивного, а в додержавному суспільстві, люди миролюбні й товариські, дотримувалися договору і без державного примусу [38, с. 83]. В середньовічний період, важливе значення для становлення договорів мала діяльність юристів – глосаторів XI-XIII століття, які зосередили увагу на дослідженні римської юридичної спадщини, і під пактом вони розуміли згоду сторін, що досягається за допомогою обміну обіцянками передати майно або вчинити певні дії на взаємовигідній основі, а контракт, відповідно до доктрини глосаторів, являв собою пакт із власним найменуванням, здатний породжувати позови [52, с. 155].

Відходячи від античності та римського права, перейдемо до дослідження договору як терміну. Вважається, що договір знаходить своє розгорнуте теоретичне обґрунтування в німецькій юриспруденції XIX ст. Наприклад, Ф. Савіньї визначає договір як угоду кількох осіб, яка визначає їх юридичні відносини у формі висловлення спільної волі. Відомий пандектист Г. Дернбург визначав договір як двосторонній правочин, тобто правочин, для укладання якого, необхідне виявлення взаємної згоди двох сторін щодо встановлення, зміни, укріплення або припинення юридичних відносин. Ця концепція була прийнята Німецьким цивільним уложенням 1896 р. і в подальшому запозичена багатьма національними правовими системами [58,

с. 11]. Поряд із широким застосуванням у цивільному обігу, договори ще з давніх часів застосовувалися в міждержавних відносинах, а потім їхнє використання поширилося й на внутрішньодержавні відносини. За їх допомогою належним чином закріплювалися територіальні завоювання, оформлявся перехід частини території однієї держави або всієї території під суверенітет іншої держави, створювалися або розпадалися союзи держав, виникали федеративні держави тощо [52, с. 136]. У давньоукраїнському праві договори були первинною формою закону, що застосовувалась окремими особами, а також суспільними групами: сільськими громадами. У давньоруських писемних пам'ятках договір мав назви «мир», «правда», чи «ряд». До них належали договори укладені того часу греками та договори князів Київської Русі між собою, договори киян з їх князями [100, с. 11–13].

Характеризуючи договір, слід виходити з того, що він становить один із засобів правового регулювання. Як відомо, категорія «правові засоби» використовується для позначення правових явищ, що втілюються в інструментах та діях, за допомогою яких задовольняються інтереси суб'єктів права, забезпечується досягнення соціально корисних цілей. Договір є унікальним правовим засобом, який дозволяє здійснювати як нормативне, так індивідуальне правове регулювання, що встановлює правила поведінки загального та індивідуального характеру [89, с. 232]. Водночас договір виступає регулятором, що має двосторонній або багатосторонній характер і полягає у встановленні правил поведінки на основі консенсусу [92, с. 5]. У загальному випадку договірне правове регулювання включає три стадії: стадію укладання (формування) договору; стадію виникнення і дії (розвитку) договірних правовідносин; та стадію реалізації договірних прав та обов'язків.

Тепер перейдемо до визначення договору. У сучасній українській цивілістичній науці підвищується інтерес науковців до проблем договірного права, аналізу змісту нових видів договорів, тлумачення основних функцій

договору тощо. Науково-теоретичною базою роботи є праці вітчизняних та зарубіжних правознавців з питань теорії права, цивільного права тощо.

Відповідно до ст. 626 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) «договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов’язків».

Термін «договір» може використовуватися як в широкому, так і вузькому розумінні, зокрема, у цивілістичному. Договір у широкому розумінні – це угода двох або більше сторін про встановлення, зміну чи припинення відповідних прав і обов’язків [102, с. 744]. У вузькому, галузевому розумінні – це цивільно-правове поняття, в якому і знаходиться методологічна основа науково-правового вивчення договору, оскільки найбільш широко оперує поняттям «договір» цивільне право [46, с. 20]. Термін «договір» має глибоке значення і виходить від спілкування між людьми, і як результат має досягнення певної домовленості між ними. На думку М.І. Брагінського, основне призначення договору зводиться до регулювання в рамках закону поведінки людей шляхом вказівки на межі їх можливої та належної поведінки [46, с. 15]. В законодавстві та доктрині країн континентального права цивільно-правовий договір – угода двох і більше осіб, за допомогою якої встановлюються певні права і обов’язки. Видатний французький юрист Р. Потье в «Трактаті про зобов’язання» 1801 року визначає договір як угоду двох чи декількох осіб, що спрямована на встановлення між ними зобов’язань [58, с. 373]. Французький цивільний кодекс (Кодекс Наполеона), прийнятий в 1804 році, що є чинним і нині з внесеними до нього змінами і доповненнями, дає наступне визначення договору: «Договір є угодою, за допомогою якого одна або декілька осіб зобов’язуються перед іншою особою або перед декількома особами дати будь-що, зробити будь-що або не робити будь-що (ст.1101)» [53, с. 373].

У вітчизняній цивільно-правовій доктрині пропонуються різні підходи до визначення поняття договору, що, зокрема, обумовлюється його

різноманітним змістом і недостатністю юридичних ознак, закладених у цивільне законодавство. Як приклад, розглянемо погляди вчених на концепцію цивільно-правового договору в дореволюційний період. Д.І. Мейер вважав, що договір являє собою домовленість двох або декількох осіб, яка породжує право на чужу дію маючи майновий інтерес [84, с. 86]. Г.Ф. Шершеневич наводить таке визначення поняття «договору»: «...погодження волі двох або більше осіб, направлене на встановлення, зміну чи припинення юридичних відносин». Він також вважав, що «сфера договору» виходить за межі зобов'язальних правовідносин [84, с. 87]. Цивільний кодекс Української Радянської Соціалістичної Республіки 1963 р. не містив легального визначення договору. Доктринально його визначали, виходячи з редакції ст. 41 вказаного законодавчого акту, яка розкривала поняття угоди як дію громадян чи організацій, що спрямовувалась на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків. Відповідно договорами називалися двосторонні чи багатосторонні угоди [74, с. 92].

На сьогоднішній день, договір є одностороннім, якщо одна сторона бере на себе обов'язок перед другою стороною вчинити певні дії або утриматися від них, а друга сторона наділяється лише правом вимоги, без виникнення зустрічного обов'язку щодо першої сторони. Договори, що укладаються більш як двома сторонами (багатосторонні договори), застосовуються загальні положення про договір, якщо це не суперечить багатосторонньому характеру цих договорів. Договір є відплатним, якщо інше не встановлено договором, законом або не впливає із суті договору згідно статті 626 ЦК України. Тобто договір є правовою формою (засобом) узгодження волі двох чи декількох сторін, спрямованої на досягнення певного правового результату. За своєю правовою природою будь-який цивільно-правовий договір є правочином. Категорії «правочин» і «договір» співвідносяться між собою як загальне і окреме: будь-який договір є правочином, але не всякий правочин є договором. Договорами є лише дво чи

багатосторонні правочини, тоді як до правочинів належать також і дії однієї особи, спрямовані на набуття, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків – односторонні правочини. Ознаками договору є: правомірна та усвідомлена дія; цілеспрямована дія направлена на досягнення цивільно-правових наслідків; суб'єкти цивільних правовідносин. О.Р. Стефанчук виокремлює такі ознаки договору як:

- домовленість, тобто для його існування має бути компроміс, збіг волевиявлення учасників;
- домовленість двох чи більше осіб, тобто з волевиявлення лише однієї сторони не може виникнути договір;
- спрямованість на встановлення, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків, що свідчить про його правову природу юридичного факту [93, с. 128].

На мою думку, ознаками договору є все те, що в сукупності робить його основним інструментом консенсусу обох сторін. Необхідно підкреслити, що чинне законодавство визначає, що сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості [4]. Це положення закріплює один з найважливіших принципів договірного регулювання суспільних відносин - принцип свободи договору.

Отже, підсумовуючи усе вище викладене, робимо висновок, що договір як правовий інститут бере свій початок ще задовго до відомої нам на сьогоднішній день цивілізації, коли не було настільки розвиненої інфраструктури в різних куточках світу, люди вже намагалися знайти спільну мову шляхом пошуку різноманітних компромісів. Саме завдяки розумінню глосаторів які трактували пакт, як згоду сторін, що досягається за допомогою обміну обіцянками передати майно або вчинити певні дії на взаємовигідній основі, яку породжувало натуральне зобов'язання, вони усунули поняття

неформальної, простої угоди. Поняття цивільно-правового договору слід сформувати таким чином, щоб воно містило у собі основні визначальні категорії та не допускало повтору їх складових елементів. Сучасне трактування договору законодавцем у повній мірі розкриває його суть, звичайно, ознаки договору не є чітко визначені законодавством, саме тому науковці беруть розуміння ознак договору з основного його визначення. Договір є ідеальною формою активності учасників цивільного обороту, є фундаментом виникнення прав і обов'язків, створює основу в класифікації юридичних фактів. Договір являє собою дії фізичних та юридичних осіб направлених на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, він є дво або багатозадачною угодою. Сторони, які укладають договір повинні дійти згоди щодо його умов, тому що саме вони визначають права і обов'язки контрагентів. Договір може існувати лише між суб'єктами, які у відповідному конкретному випадку займають різні положення. Договору властиві ознаки в яких виявляється воля двох або більше осіб, волевиявлення яких повинно збігатися одне з одним. В ознаках договору можна виокремити основне – це домовленість сторін, яка повинна бути присутня у всьому стосовно укладання договору. Отже договір є одним з найдревніших правових конструкцій, розвитку якого сприяли різні форми спілкування між людьми, і на сьогоднішній день, договір є одним із головних способів знаходження компромісу між людьми.

1.2. Види договорів в цивільному праві

Цивільно-правовий договір виступає провідною цивілістичною конструкцією, саме тому в юридичній практиці існує низка різних договорів, які є регуляторами практично всіх сфер людського життя. Тому, для того щоб орієнтуватись у величезній масі договірних конструкцій, прийнято здійснювати поділ цивільно-правових договорів на окремі види. Значення

поділу договорів неодноразово зазначалося як вітчизняними так і зарубіжними вченими.

Класифікація договорів на сьогоднішній день відіграє провідну роль в систематизації цивільних правовідносин. Саме тому поділ договорів на види має важливе як теоретичне так і практичне значення. Завдяки поділу договорів, суб'єкти цивільних правовідносин мають можливість легко зорієнтуватись у величезній масі існуючих договірних конструкцій та обрати таку, що найбільш підходить до регулювання необхідних відносин.

Класифікація договорів має два основних напрямки: ті, які законодавчо закріплені та поділ договорів науковцями. На сьогоднішній день договори мають такі різновиди класифікації: найпоширенішим варіантом класифікації договорів цивільного права є дихотомічний поділ. Дихотомічний поділ полягає в тому, що обсяг поділюваного поняття поділяється на два протилежні поняття, одне з яких стверджує певну ознаку, а друге цю ознаку заперечує. До однієї групи включаються договори у яких наявна одна ознака, а до іншої – в яких відсутня. М.І. Брагінський зазначає що такий поділ може бути застосований за умови що кожного разу обираються різні підстави [46, с. 112].

Також поширеною є проста класифікація договорів, яка полягає у поділі договорів на необмежену кількість груп в залежності від ознак, які необхідні для вирішення поставлених завдань. Завдяки тому, що структурних зв'язків немає, система є простою [74, с. 92]. Неважко побачити, що групування за принципом дихотомії, як зазначає В. Г. Олюха проводиться з використанням однієї істотної для характеристики договорів ознакою, що дозволяє повно дослідити її прояв в різних за правовою природою типах двосторонніх правочинів. Як наслідок, всередині утвореної групи елементи, які ввійшли до неї, не мають структурних зв'язків між собою, як не мають його між собою й різні дихотомічні пари [73, с. 89].

Необхідними елементами структури системи договорів є типи, види та підвиди, які співвідносяться між собою як ціле та частина таким чином відображаючи ієрархічність побудови. Дослідженню питання договірних типів приділяли увагу Л.А. Лунц, І.Б. Новицький, розглядаючи договори, передбачені у законодавстві, як договірні типи, які складають далеко не вичерпний перелік. А.Г. Биков вважає, що структура системи цивільно-правових договорів складається з поділу договорів на типи, види та різновиди. О.С. Іоффе договірний тип виділяє за специфікою матеріального відношення, яке ним опосередковується, або за колом юридичних умов, об'єктивно необхідних для утворення договірного зобов'язання. Договори співвідносяться не як типи, а як його різновиди у випадках, коли вони схожі як за матеріальним відношенням, так і за колом істотних умов [67, с. 37–38].

Слід підкреслити, що поділ договорів є здобутком не тільки сьогодення, як і сам договір, класифікація договорів має свою історію. В давньореспубліканському римському праві були відомі три основних типи договірних зобов'язань: нексум - зобов'язання, що опосередковує особисте підпорядкування неплатоспроможного боржника кредитору щодо його обов'язку відробити борг, яке здійснювалося у формі складного обряду із застосуванням злитків та ваг; стипуляція, тобто словесна угода у формі запитання та відповіді; літеральний контракт що означав письмовий договір [52, с. 22].

З розвитком економічних відносин договір перестає бути рідкісним явищем, і як наслідок поступово відмирає найстаріша форма договору – пехум. Стипуляція та письмові контракти продовжують застосовуватися, але щодо них відбуваються значні зміни в сторону послаблення жорстких канонів їх укладення [74, с. 93]. Одночасно з'являються нові види договорів, позбавлені обтяжливого формалізму та урочистостей їх вчинення.

Класифікація договорів вже в ті часи була досить численною. Наприклад, двосторонні договори, в залежності від обсягу прав та обов'язків

сторін, поділялися на: договори з нерівноцінними обов'язками, в яких кожна із сторін мала і права, і обов'язки, але обсяг їх різнився (наприклад, договір позики) та синалагматичні, якими для сторін встановлювалися однакові за обсягом права та обов'язки (наприклад, договір купівлі-продажу) [74, с. 93].

В залежності від наявності зустрічного надання договори поділялися на: відплатні, тобто ті, за якими майнову вигоду отримували обидві сторони (договір купівлі-продажу) та безвідплатні, тобто ті, що уклалися на користь тільки однієї сторони (договір дарування, безпроцентна позика) [47].

З часом преторська практика вийшла за межі буквально тлумачення договору, тим самим пріоритет набула дійсна воля сторін, які уклали договір. Договори стали поділятися на договори суворого права і договори доброї совісті. Саме тому поняття «договір» у римському праві не було однорідним і охоплювало такі дві групи: контракти і пакти. Кодекс Юстиніана визначає договір, як угоду двох чи кількох сторін про виникнення, перенесення, припинення, збереження, зміну будь-якого права [67, с. 195]. Договір використовується в усіх галузях права [67, с. 198]: у праві приватному – як речовий, зобов'язальний, сімейний договір чи договір про спадщину; у праві публічному – як державний договір, конкордат та ін. [67, с. 156].

Прикладом доктринальних класифікацій є класифікації запропоновані різними науковцями, наприклад, у 1926 році С.І. Аскназієв запропонував наступну класифікацію договорів: договори з надання майна у власність (купівля-продаж, міна, дарування), договори з надання майна у користування (майновий найм, позичка), договори з надання кредиту (позика, різноманітні види банківських операцій та ін.), договори з виконання робіт (договір підряду, залізничного перевезення, договір доручення, комісія) та договори про спільну господарську діяльність.

Інша класифікація договірних зобов'язань була запропонована О.О. Красавчиковим. В якості класифікаційної ознаки, на думку вченого, слід обрати спрямованість цивільно-правових зобов'язань, які можуть бути

розподілені за цією ознакою на наступні групи: перша група – зобов'язання, спрямовані на передачу майна (купівля-продажу, міна, дарування, поставка та інші). Друга група – зобов'язання, спрямовані на виконання робіт (договори підряду, договори контрактації та ін.). До третьої групи відносять зобов'язання, спрямовані на надання послуг (доручення, комісії, зберігання і т.д.).

В.В. Луць, поклав в основу класифікації правовий наслідок (мету) договорів та виділив такі групи цивільно-правових договорів, що застосовуються у господарській діяльності: договори про передачу майна у власність (купівля-продаж, поставка, контрактація, позика, міна, бартер, дарування, постачання енергетичних ресурсів); договори про передачу майна у тимчасове користування (майновий найм, оренда, позика, прокат); договори про виконання робіт (підряд, будівельний підряд, на виконання проектних і пошукових робіт, на проведення аудиту); договори про надання послуг (транспортні договори, доручення, комісії, зберігання, консигнації, кредитний договір, факторинг, страхування підприємницьких ризиків); договори про передачу результатів інтелектуальної діяльності (ліцензійні договори, договори на передачу науково-технічної продукції, франчайзингу); договори про сумісну діяльність (установчий договір, угоди про науково-технічне співробітництво) [67, с. 39–40].

Один із видатних цивілістів О.С. Іоффе використовує для класифікації комбінований критерій, який одночасно вміщує як юридичні так економічні ознаки. На основі такого комбінованого критерію він розподілив зобов'язання, передбачені діючим на той час законодавством, на наступні групи: зобов'язання з відплатної реалізації майна (купівля-продаж); зобов'язання з безвідплатної передачі майна у власність або користування (дарування, позичка); зобов'язання з надання послуг (доручення, комісія, зберігання, експедиція); зобов'язання з перевезення (залізничне, морське, річкове, повітряне, автомобільне перевезення, буксирування морське та

річкове); зобов'язання з кредиту та розрахунків (позика, банківське кредитування, розрахунковий та поточний рахунки, розрахункові правовідносини, чек, вексель); зобов'язання зі страхування (майнове страхування, особисте страхування) та ін. [67, с. 23–25].

М.І. Брагінський вважає: на першому рівні договори поділяються залежно від спрямованості результату, на досягнення якого вони укладаються і утворюють чотири групи: договори, спрямовані на передачу майна; на виконання робіт; на надання послуг; на заснування різноманітних утворень [46, с. 399–403].

Ю.В. Романець основним системним чинником в класифікації вважає спрямованість зобов'язань, під якою автор розуміє економічні та юридичні результати. На підставі цього критерію виділяються сім груп цивільно-правових договорів, спрямованих на: передачу майна у власність; передачу об'єктів цивільних прав у тимчасове користування; виконання робіт (надання послуг); надання відстрочки повернення такої ж кількості майна того ж роду і якості або на відстрочку оплати; заміну особи у зобов'язанні; досягнення єдиної для всіх учасників мети (група спільноцільових договорів); та страхування [35, с. 70].

М.Д. Єгоров на рівні груп в межах договірних зобов'язань, залежно від характеру переміщення матеріальних благ, яке опосередковується ними, виділяє: зобов'язання з реалізації майна, з надання майна у користування, зобов'язання з виконання робіт, перевезення, надання послуг, розрахунків та кредитування, страхування, спільної діяльності, змішані зобов'язання.

На сьогоднішній день, спираючись на законодавчу базу, договори мають численні критерії поділу. Наприклад за ознакою поділу прав та обов'язків між сторонами у зобов'язанні розрізняють односторонні та двосторонні договори. Під одностороннім договором розуміється, що коли одна сторона бере на себе обов'язок перед другою стороною вчинити певні дії або утриматися від них, а друга сторона наділяється лише правом вимоги

без виникнення зустрічного обов'язку щодо першої сторони. До односторонніх договорів належать переважно так звані реальні договори. Наприклад, за договором позики одна сторона (позикодавець) має право вимагати повернення переданих другій стороні (позичальнику) у власність грошей або речей, визнаних родовими ознаками, а позичальник зобов'язаний повернути позикодавцеві таку саму суму або рівну кількість речей того самого роду і якості (ст. 1046 ЦК України). Односторонніми є договори дарування, позики, безоплатного користування майном тощо. Отже, в односторонньому договорі одна сторона є лише кредитором, а інша - лише боржником [67, с. 209]. Більшість цивільно-правових договорів є двосторонніми - договір за яким права та обов'язки покладено на обидві сторони зобов'язання, що виникло з цього договору. Так, наприклад, у договорі купівлі-продажу продавець зобов'язаний передати покупцю певну річ і має право вимагати від покупця сплати покупної ціни, а покупець, навпаки, зобов'язаний сплатити продавцю визначену договором грошову суму і вимагати від нього передання речі. Права і обов'язки сторін у двосторонніх договорах завжди взаємопов'язані між собою. Таким чином, поки одна сторона не виконає свій обов'язок, інша сторона не може реалізувати своє право.

За правилами формування змісту договори бувають іменні - це ті, які мають законодавчо закріплені назви, представлені в ЦК України або в інших нормативних актах, що визначають їх поняття, коло прав та обов'язків сторін Закон «Про фінансовий лізинг» [14], Закон «Про оренду державного та комунального майна» [15]. Безіменні договори безпосередньо законодавством не регулюються, але сторонами на практиці застосовуються агентський договір, франчайзинг тощо.

Залежно від наявності вказівки на строк договори бувають строковими і безстроковими. У безстрокових договорах не визначається ні момент вступу їх у дію, ні момент припинення. Така угода, як правило, негайно

набирає чинності і припиняється на вимогу однієї із сторін (наприклад, [договір майнового найму](#), укладений на невизначений термін). Строковими є договори, у яких визначено момент виникнення у їх сторін прав і обов'язків, тривалість існування зобов'язання, момент припинення тощо. Від строкових необхідно відрізняти умовні договори, у яких виникнення, зміна або припинення цивільних прав і обов'язків пов'язується з настанням певної обставини. Для того, щоб договір був визнаним умовним, ця обставина мусить мати місце в майбутньому, і до того ж невідомо, настане вона чи ні. Отже, умовні договори відрізняються від строкових тим, що строк настає завжди, а от умова може настати, а може і не настати [96].

Класифікація, якій присвячена дана наукова робота, і яка, на мою думку є однією з найвизначніших у системі класифікації договорів – залежно від способу виникнення розрізняють формальні, реальні і консенсуальні договори. Консенсуальні договори (від лат. консенсус-угода) – договори, які виникають в момент намірів сторін, виражених словами або конклюдентними діями, тобто достатньо досягнення сторонами домовленості з усіх істотних умов. З моменту досягнення згоди договір вважається укладеним, у його сторін виникають відповідні права і обов'язки. Так, досягнення сторонами договору купівлі-продажу згоди щодо предмета й ціни породжує обов'язок продавця передати річ у власність покупця і зустрічний обов'язок покупця сплатити певну грошову суму (ст. 662, 692 ЦК України). Для укладання реального договору необхідні не тільки узгодження волі сторін, а й передача речі – об'єкта договору. Поки передача речі не відбудеться, договір не вважається укладеним. Наприклад, реальною угодою є договір позики (ст. 827 ЦК України доки гроші не передані позичальнику, права і обов'язки у сторін не виникають) [96]. Отже, обіцянка дати гроші у позику не означає, що потенційний позичальник набуває права вимагати виконання цієї обіцянки. Для укладання формального договору необхідні два моменти: узгодження волевиявлення сторін (консенсус) та вираження волі у

певній формі, що визначена законом (наприклад, рента ст. 732 ЦК України, дарування ч. 2-4 ст. 719 ЦК України). Форма договорів письмова або нотаріальна, причому здебільшого регулюється імперативними нормами. Як консенсуальний, так і реальний договір може бути формальним.

Залежно від основ укладення усі договори діляться на вільні та обов'язкові. Вільні – це такі договори, укладення яких цілком залежить від розсуду сторін. Укладення же обов'язкових договорів, як це впливає із самої назви, є обов'язковим для однієї або обох сторін. Більшість договорів носить вільний характер. Вони укладаються за бажанням обох сторін, що цілком відповідає потребам ринкової економіки [96]. Однак в умовах економічно розвинутого суспільства зустрічаються й обов'язкові договори. Хоча в ЦК України, зокрема статтею 627 і проголошено свободу договорів, але реально, якщо аналізувати законодавство, що регулює різні відносини, ми побачимо безліч випадків, коли укладення договорів є обов'язковим для однієї із сторін. Обов'язок укладання договору може впливати із самого нормативного акта. Наприклад, у випадках створення юридичної особи укладання договору банківського рахунка стає обов'язковим як для банківської установи, розташованого по місцю реєстрації юридичної особи, так і для створеної юридичної особи. Залежно від зазначення цілі договору для його дійсності, угоди поділяються на абстрактні й каузальні [4].

Ще один критерій поділу, договори поділяються на основні та додаткові. Особливість відміни зазначених договорів закладається у тому, що роль кожного з договорів, віднесених до групи додаткових, похідна від ролі основних, і навпаки, основні договори незалежні, а отже, визнання додаткового договору недійсним на юридичну силу основного договору не впливає [67, с. 209]. Найбільш розповсюдженим різновидом додаткових договорів є ті, що виникають у зв'язку з вказаними в ЦК України способами забезпечення виконання зобов'язань – неустойка, порука, завдаток, застава.

Додатковий договір володіє відносною самостійністю, котра проявляється у тому, що він визнається укладеним з моменту, коли сторони досягнуть згоди за його умовами. З відносної самостійності додаткового договору витікає відсутність необхідності придати йому особу форму. Мається на увазі, що умови додаткового договору можуть бути включені у текст основного. І все рівно навіть при такому варіанті мова йдеться про два договори.

Договори можна класифікувати на типові, публічні, казуальні, абстрактні. Договори, в яких чітко визначено підстави їх укладення, називаються каузальними. Дійсність такого договору залежить від законності і досяжності мети. До них належить більша частина цивільно-правових договорів (купівля-продаж, доручення, зберігання тощо). Абстрактними вважаються договори, у яких не визначено підстави їх здійснення. Абстрактний договір є дійсний у будь-якому випадку, якщо дотримано його форму [96]. Найбільш яскравим прикладом абстрактного договору є видача векселя. Вексель містить зобов'язання однієї особи сплатити певну грошову суму іншій особі, але при цьому не мають значення підстави, з яких було видано вексель: чи була позика, чи купівля-продаж, чи ще щось.

Типові договори є передусім уніфікованим засобом (взірцем), що забезпечує однакове оформлення конкретних договірних відносин. Типові договори часто використовують при укладанні так званих публічних договорів і договорів про приєднання.

Публічний договір є узагальненим поняттям договорів, що укладаються у різних сферах обслуговування громадян і юридичних осіб (перевезення транспортом загального користування, послуги зв'язку, медичне, готельне, банківське обслуговування тощо). Публічним визнається договір, у якому однією із сторін є підприємець, що взяв на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до нього звертається [43, с. 330].

Договором про приєднання визнається договір, умови якого визначені однією із сторін у формулярах або інших стандартних формах і можуть бути прийняті другою стороною не інакше, як шляхом приєднання до запропонованого договору в цілому. Наприклад, договором приєднання може бути договір перевезення, де у якості форми договору виступає транспортна накладна (коносамент або інший документ на вантаж, що передбачено статутом або кодексом). Договір приєднання також застосовується при взаємодії з масовим споживанням, де неможливо кожен раз домовлятися про умови договору (наприклад, договір банківського вкладу) [4].

Залежно від наявності або відсутності обов'язку сторін надавати зустрічне матеріальне відшкодування договори поділяють на оплатні й безоплатні. У безоплатних договорах обов'язок здійснити матеріальні витрати має лише одна із сторін. Інша сторона не обтяжена будь-якими обов'язками. Прикладом може бути договір дарування, в якому одна сторона безоплатно передає майно у власність іншій. Оплатні договори характерні наявністю зустрічного еквівалентного надання матеріальних чи нематеріальних благ. Платність у договорі може виражатися у передачі грошей, речей, наданні зустрічних послуг. Наприклад, в договорі купівлі-продажу одна сторона передає майно, але замість нього отримує його вартість у грошах. Більшість договорів носять оплатний характер, що відповідає природі суспільних відносин, регульованих цивільним правом. В свою чергу оплатні договори поділяють на комутативні і алеаторні [96].

Комутативні договори – це договори, при укладанні яких сторонам заздалегідь відоме співвідношення та обсяг прав і обов'язків сторін. Більшість сторін у цивільному праві – комутативні. Так при укладанні договору купівлі-продажу, покупець передбачає, що за передачу продавцю конкретну суму грошей він набуде у власність передану договором річ. А продавець відповідно розуміє, що замість майна яке він втратить, він отримає певну суму грошей [96]. Алеаторні договори є договорами на ризик, тобто

при укладанні договору сторони не можуть чітко визначити межі виконання своїх обов'язків, а втрата чи збагачення однієї із сторін залежить від випадку. Алеаторний договір містить у собі умову, яка робить неможливим точне обчислення на момент укладання договору вигоди і можливих збитків у разі виконання договору. До алеаторних можна віднести договір страхування, оскільки настання страхового випадку і, відповідно, сплата страхової суми від сторін не залежить.

Залежно від послідовності досягнення цілей, які ставлять перед собою сторони, вступаючи у договірні зв'язки, договори можна поділити на попередні й основні. Такі ділові стосунки нерідко оформлюються попереднім договором. За попереднім договором сторони зобов'язуються у певний строк укласти у майбутньому договір на умовах, передбачених попереднім договором. Попередній договір повинен містити умови, що дозволяють встановити предмет договору, а також інші суттєві умови договору. Так, сторони можуть заключити договір, за яким власник житлового будинку зобов'язується продати його покупцю, а покупець купити його на початку літнього сезону [43, с. 328–329]. Основним договором вважається такий договір, укладення якого передбачено попереднім договором. Хоч істотні умови основного договору названі у попередньому договорі, але вони мають бути узгоджені сторонами при укладанні основного договору. Сторона, яка обґрунтовано ухиляється від укладання основного договору, повинна відшкодувати другій стороні збитки, зумовлені простроченням, якщо інше не передбачено попереднім договором або законодавчими актами. Зобов'язання, передбачені попереднім договором, припиняються, якщо до закінчення строку, протягом якого має бути укладений основний договір, цей договір не буде укладений або жодна із сторін не направить другій стороні пропозицію про його укладення [43, с. 329]. Договір про наміри, в якому не виявлено прямо волі сторін надати йому силу попереднього договору, не породжує цивільно-правових наслідків (п. 2 ст. ЦК України).

Поділ також може відбуватися в залежності на чию користь обумовлено виконання зобов'язань і тому зустрічаються договори на користь осіб, що не приймали участі в їхньому висновку, тобто договори на користь третіх осіб. Якщо третя особа відмовилася від права, наданого їй за договором, то особа, що уклала договір, може скористатися цим правом, коли це не суперечить змістові договору. У п. 3 ст. 636 ЦК України передбачено також, що з моменту вираження третьою стороною наміру скористатися своїм правом сторони, якщо інше не передбачено законодавством чи договором, не можуть розірвати або змінити укладений договір без згоди третьої сторони.

Отже, підсумовуючи все вище викладене можемо зробити наступні висновки, що на сьогоднішній день договори мають багато інтерпретацій поділу їх на види, тобто це може бути поділ за обсягом прав та обов'язків між сторонами, за правилами формування змісту договору, в залежності від наявності вказівки на строк, залежно від способу виникнення, основ, підстав укладання, матеріального відшкодування і безліч інших варіантів; класифікація договорів є простою та структурною; проста класифікація проводиться за принципом дихотомії або шляхом об'єднання груп договорів; в структурній класифікації поділ договорів відбувається від загального до особливого: тип, вид, підвид. Кожен науковець може прийняти якийсь загально прийнятий поділ, а може розкритикувати, та винайти свій власний вид. Усе це являється наслідком того, що не існує єдиної класифікації договорів на види. Конструкція договору проникає в усі сфери життя суспільства, і не тільки економічного але й духовного. У нинішніх умовах особливо зростає роль договору як універсальної та найдоцільнішої правової форми опосередкування ринкових відносин.

1.3. Зміст цивільно-правового договору

Договір, як універсальний правовий засіб регулювання майнових і, певною мірою, особистих немайнових відносин забезпечується шляхом досягнення цілей, визначених учасниками цих відносин, саме тому завдяки наявності такого елементу як зміст, досягнення цілей має конкретну послідовність, що дає змогу сторонам якнайшвидше досягти необхідної мети.

Змістом, договору є сукупність елементів, процесів, зав'язків, які становлять конкретний предмет або явище. Відповідно до першої частини 628 статті ЦК України, зміст договору являє собою пункти, визначені на розсуд сторін і погоджені ними, та умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства. Тобто змістом договору є ті умови, на яких укладена відповідна угода сторін, а також ті умови, які мають бути чітко визначені та зрозумілі. Окрім визначеності, до змісту договору повинна висуватися вимога про здійсненність того зобов'язання, яке встановлюють у договорі сторони. Договір не матиме юридичну силу, якщо особа бере на себе зобов'язання виконати явно неможливі дії.

Зміст договору в умовах цивільного законодавства зводиться до того, що договір вважають універсальною правовою конструкцією, яка відображається в суб'єктивних взаємних правах та обов'язках на основі добровільної згоди й вільного волевиявлення. Найбільш узгодженою дефініцією договору, на нашу думку, є його визначення як консенсусу двох або більше сторін, спрямованої на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків [66, с. 43].

Істотні умови договору відображають природу договору, відсутність будь-якої з них не дає змоги сторонам виконати їх обов'язки, які покладаються на них за договором. Якщо сторони досягли згоди за всіма істотними умовами, які визнані такими законом або необхідні для даного виду, то договір вважається укладеним і набуває обов'язкової сили для

сторін. Істотними вважаються насамперед ті умови договору, які названі такими за законом. Коло таких умов можна визначити, проаналізувавши норми ЦК України та інших спеціальних нормативних актів, що регулюють необхідний, приклади таких умов більш детально ми розкриємо у Розділі 2. Істотними умовами договору є також такі, які прямо не названі у нормативних актах, але є дуже важливими для договору відповідного виду. Наприклад, умова про ціну є необхідною для будь-якого оплатного договору. В п. 5 ст. 626 ЦК України закріплена презумпція, що договір вважається оплатним, якщо інше не випливає із закону, інших нормативно-правових актів, угоди сторін або суті договору.

Проте, існує такий варіант, коли кожна із сторін договірних відносин може наполягати на узгодженні й таких умов, які в законі прямо не названі істотними і за своїм характером не є необхідними для даного виду договору. Було б нерозумно ігнорувати ці умови, бо за ними іноді криються інтереси суб'єктів цивільних правовідносин. Тому в п. 1 ст. 638 ЦК України до істотних віднесено й усі ті умови, щодо яких за заявою однієї зі сторін має бути досягнуто згоди. Таким чином, істотними умовами договору є: умови, які безпосередньо зазначені в законі; які необхідно погодити саме для даного виду договору; умови, на погодженні яких наполягає одна із сторін.

Серед договірних умов, крім істотних, виділяють також звичайні та випадкові. Звичайні умови договору, ті умови, які передбачаються у законі чи іншому нормативно-правовому акті і стають обов'язковими для сторін внаслідок факту укладення договору. Від істотних звичайні умови відрізняються тим, що вони не потребують окремого погодження і про них не обов'язково застерігати у тексті договору. Отже, звичайними можна вважати умови, які традиційно, за звичаєм, включаються в договір. Вони можуть бути і відсутні безпосередньо в договорі, але розуміється, що вони підлягають виконанню. Наприклад, уклавши договір найму, сторони обійшли мовчанкою питання щодо розподілу обов'язків по проведенню капітального і поточного

ремонту. Але згідно з чинним законодавством України, капітальний ремонт виконує наймодавець, а поточний – наймач, якщо інше не передбачене договором. Тобто в цьому випадку, незважаючи на відсутність у договорі звичайної умови, на зміст договору її відсутність не впливає.

Випадковими умовами договору прийнято вважати такі умови, які погоджені сторонами на відступ від положень диспозитивних норм або з метою розв'язання питань, що взагалі не врегульовані законодавством. Вони, як правило, не передбачаються даним видом договору і встановлюються тільки за погодженням сторін. Тому випадкові умови можна виявити, порівнявши їх зі звичайними умовами: якщо якусь умову включено у договір на зміну чи доповнення до правил, викладених у законодавчому акті, то порівняно із звичайно прийнятими в договорах даного виду умовами вона виявиться випадковою. Наприклад, винагорода за договором доручення за загальним правилом не передбачена, але сторони можуть зазначити право на винагороду. Або: за однією із справ сторони уклали договір позики і передбачили, що поки боржник буде розраховуватися з кредитором, кредитор має право користуватися автомобілем, який боржник придбав на взяті в борг гроші. Інший приклад: якщо за договором майнового найму обов'язок проводити поточний ремонт майна покладено на наймодавця, то ця умова для даного конкретного договору вважатиметься випадковою.

Якщо випадкові умови за погодженням сторін знаходять місце в договорі, вони набувають ознак істотних умов. На перший погляд відмінності між істотними і випадковими умовами стосовно того чи іншого конкретного договору відсутні, оскільки кожна з них підлягає безумовному виконанні. Але їх відмінність одразу проявляється як тільки виникає спір з приводу факту укладення договору. За відсутності умов, які об'єктивно відносяться до істотних умов договору, немає і самого договору. Але якщо одна із сторін заперечує факт укладання договору, посиляючись на відсутність в ньому умови, яку вона за погодженням намагалася включити в

договір, то, оскільки така умова за своєю природою є випадковою, договір може бути визнаний як такий, що не уклався, лише при доведеності факту погодження сторонами такої умови [98, с. 263].

Не включення до договору умови, передбаченої диспозитивною нормою як запропонована модель, свідчить про те, що для даного договору вона є звичайною. Формулювання ж у договорі погодженої сторонами умови всупереч моделі, запропонованій в диспозитивній нормі законодавства, свідчить про те, що для даного договору вона є випадковою. Випадковою вважається й умова, погоджена сторонами з метою вирішення питань, що взагалі не врегульовані законодавством. Пов'язаність звичайних і випадкових умов з диспозитивними нормами або з відсутністю прямої заборони на врегулювання відносин за домовленістю сторін зближує їх з істотними умовами. Невипадково останнім часом дослідники вказують на те, що підстав для виокремлення цих умов не існує. Така позиція заслуговує на увагу. Безперечність її щодо випадкових умов не викликає сумніву з огляду на те, що при включенні їх до договору вони нічим не відрізняються від істотних умов третього виду. В тих же випадках, коли йдеться про звичайні умови, які не включаються до договору через їх збіг з моделлю, запропонованою в диспозитивній нормі, вони є схожими з істотними умовами першого виду, за умови згоди з тим, що диспозитивні норми не відрізняються від імперативних доти, доки сторони не включають до договору умови, що відрізняється від моделі, запропонованої в диспозитивній нормі.

Однак вказівку на істотні умови того чи іншого договору може містити й закон. Так, згідно зі ст. 18 Закону України «Про іпотеку» це, зокрема, відомості про зміст та розмір основного зобов'язання, строк і порядок його виконання та/або посилання на правочин, у якому встановлено основне зобов'язання; опис предмета іпотеки, достатній для його ідентифікації; посилання на видачу заставної або її відсутність [16]. Законом України «Про оренду державного і комунального майна» (ч. 1 ст. 10) вимагається наявність

одинадцяти істотних умов, серед яких строк, на який укладається договір оренди; орендна плата з урахуванням її індексації; порядок використання амортизаційних відрахувань; відновлення орендованого майна та умови його повернення тощо [15]. Отже, істотні умови договору можуть бути трьох видів: загальні для всіх договорів; спеціальні, тобто передбачені законом для конкретного виду договору, та індивідуальні, тобто такі, що висуваються однією зі сторін договору при його укладенні.

Загальною для всіх договорів істотною умовою є їх предмет, тобто те, про що, власне, сторони домовляються, з приводу чого вони вступають у правовідносини. Предметом договору може бути залежно від вигляду договору майно або дії. Найчастіше під предметом договору розуміється майно, яке одна сторона зобов'язалася передати іншій стороні (наприклад, товар у договорі купівлі-продажу). Предметом договору можуть бути також майнові права (наприклад, право оренди, сервітут, емфітевзис, суперфіцій); дії з виконання робіт (підряд та ін.) або надання послуг (транспортних, комісії, доручення і ін.); виключні права (авторський договір) тощо. У статті 980 ЦК України вказані як предмет договору страхування майнові інтереси, які не суперечать закону [4]. Якщо предмет договору становить майно, то варто його максимально індивідуалізувати і передбачити найбільш важливу для сторін інформацію про його властивості.

За загальним правилом, ціна не є істотною умовою договору навіть у разі, коли укладається оплати ми договір. Умова про ціну є звичайною як така, що необхідна для будь-якого оплатного договору або конкретного договору, але якщо звичайна умова не включається сторонами до договору, це не впливає на договір, адже вони містяться в цивільному законодавстві. Якщо ціна в договорі не визначена і не може бути встановлена за допомогою аналізу його умов, це не впливає на дійсність договору (ст. 691 ЦК України) [4]. Ціна може бути визначена, виходячи із звичайних цін, що склалися на аналогічні товари, роботи або послуги на момент укладення договору (ч. 4 ст.

632 ЦК України) [4]. Так само не є істотною умовою договору його строк, який сторони можуть принципово не вказувати, пов'язавши його моментом пред'явлення вимоги однією з них про виконання обов'язку іншою стороною і тим самим - припинення договору. Так, зазвичай саме такий підхід характерний для договору позики, коли згідно із ч. 1 ст. 1049 ЦК України позика має бути повернена позичальником протягом тридцяти днів від дня пред'явлення позикодавцем вимоги про це, якщо інше не встановлено договором [4].

Зміст договору може визначатися з повною ясністю і точністю при його укладенні, а може й згодом, але тоді в законі або в самому договорі, інших документах, які опосередковують відносини сторін, містяться чіткі вказівки, за допомогою яких можна визначити зміст договору. Це стосується ціни, строку (терміну), а можливо й інших умов договорів, які не встановлені взагалі або недостатньо конкретизовані в самому договорі. Існують й альтернативні зобов'язання, по яких боржник має можливість визначити точний предмет надання кредиторів зі встановленого в договорі переліку предметів, діючи за формулою «або – або».

Умови договору є правилами поведінки, обов'язковими лише для його сторін. І якщо й розглядати договір як засіб регулювання цивільних відносин та джерело права, то він є засобом індивідуального (автономного) регулювання, і його дія поширюється лише на конкретні правовідносини. Цим договірні умови відрізняються від норм права, які є загальними правилами поведінки, адресованими всім, і дія яких не залежить від наявності конкретних правовідносин. У тому числі це стосується й типових, примірних або зразкових договорів, що затверджуються Кабінетом Міністрів України або іншими органами державної влади, наприклад Постанова Кабінету Міністрів України від 29 березня 2017 року № 222 «Про затвердження договору про реструктуризацію заборгованості за спожитий природний газ» [23]. Типові ліцензійні договори можуть затверджуватися не

тільки уповноваженими відомствами, а й творчими спілками (ч. 1 ст. 1111 ЦК України).

Форма типізації змісту договору може бути різною, досягати не тільки шляхом затвердження типових договорів, а й шляхом введення форм типових договорів чи типових умов договорів. Для опрацювання змісту договору часто використовуються міжнародні акти і звичаї, наприклад, правила Інкотермс – загальноприйняті у світі норми поведінки. При виpracюванні умов договору сторони відповідно до ст. 630 ЦК України можуть встановити в ньому що його окремі умови визначаються відповідно до типових умов договорів певного виду [4].

Обов'язковими є істотні умови договору, досягнення згоди з яких необхідно для того, щоб вважати договір укладеним (ч. 1 ст. 638 ЦК України). Попри те, що наслідки відсутності в договорі істотних умов у ЦК України не встановлюються, судова практика пішла шляхом визнання цих договорів неукладеними. При цьому на відміну від визнання правочину недійсним (ч. 3 ст. 215 ЦК України) окремого судового рішення для цього не потребується [20]. Суд при розгляді певного спору з посиланням сторін на договір, в якому відсутні істотні умови, виходить з його неукладеності і, вирішуючи справу, не бере його до уваги, вважаючи його як юридичний факт відсутнім. Встановивши, що правочин є неукладеним, суд на цій підставі залишає позов про визнання правочину недійсним без задоволення. Наслідки недійсності правочину до неукладеного правочину не застосовуються, оскільки вимога про визнання правочину неукладеним не відповідає способам захисту цивільних прав та інтересів, передбачених ст. 16 ЦК України. Відповідно підстав для його задоволення немає. Отже, слід відрізняти неукладені договори від недійсних правочинів: підстави та наслідки недійсності правочинів містяться у статтях 215-235 ЦК України, а наслідком неукладеного договору буде набуття, збереження майна без достатньої правової підстави (статті 1212-1215 ЦК України).

Верховний Суд України вказує на те, що договір вважається неукладеним, якщо в ньому відсутні встановлені законодавством необхідні умови для їхнього укладення, зокрема: відсутня згода щодо всіх істотних умов, передбачених законодавством; не передано майно, якщо відповідно до законодавства для укладення правочину потрібно його передати; не затверджено правочин вищим органом господарського товариства, якщо це передбачено в законі чи статуті товариства; не здійснено державну реєстрацію правочину в разі, коли законом ця обставина визначена як момент його вчинення [20].

Щодо наслідків визнання договору неукладеним, то тут ситуація є досить неоднозначною. По-перше, дуже часто виникає плутанина у застосуванні правових інститутів визнання договору недійсним та визнання його неукладеним, оскільки, незважаючи на різні підстави їхнього застосування, вони мають майже ідентичні правові наслідки. Так, у першому випадку правочин вважається недійсним з моменту його вчинення і до нього застосовуються наслідки двосторонньої реституції, передбачені ст. 216 ЦК України, де зазначено, що у разі недійсності правочину кожна із сторін зобов'язана повернути другій стороні у натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину, а в разі неможливості такого повернення – відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент відшкодування. У другому випадку за фактом неукладеності договору у сторін не виникає жодних цивільних прав та обов'язків, а тому тут необхідно застосовувати загальні положення про повернення майна у зв'язку з набуттям, збереженням майна без достатньої правової підстави (статті 1212, 1213 ЦК України). До того ж так само, як і за положеннями ст. 216 ЦК України, статтями 1212 та 1213 ЦК України також передбачений обов'язок особи повернути потерпілому це майно у натурі. А у разі неможливості повернути в натурі потерпілому безпідставно набуте майно відшкодовується

його вартість, яка визначається на момент розгляду судом справи про повернення майна [4].

Отже, застосування реституції за фактом визнання договору недійсним можливе лише за наслідками виконання вчиненого правочину, тоді як повернення майна в зв'язку з набуттям без достатньої правової підстави застосовується лише за відсутності факту вчинення (укладання) такого правочину. Водночас треба враховувати, що на відміну від позовів про визнання договорів недійсними, які розглядаються судами як за заявами сторін, так і за власною ініціативою суду, з визнанням договору неукладеним є проблема. Справа в тому, що загальна судова практика ґрунтується на тому, що у ст. 16 ЦК України та ст. 20 ГК України не передбачено такий спосіб захисту як визнання договору неукладеним. Так, згідно з положеннями Постанови Пленуму Вищого господарського суду України (далі ВГС України) №11 від 29.05.2013 «Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними» [26] та Постанови Пленуму Верховного суду України (далі – ВС України) №9 від 06.11.2009 «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» [25] визначення договору як неукладеного може бути на стадії укладення договору, а не за наслідками виконання його сторонами. До того ж позовна вимога про визнання правочину неукладеним не відповідає передбаченим законом способам захисту цивільних прав та охоронюваних законом інтересів, і тому в задоволенні відповідної вимоги має бути відмовлено; у такому разі можуть заявлятися вимоги, передбачені главою 83 ЦК України. Ця правова позиція ґрунтується на висновку, що міститься в Постанові ВСУ від 14.01.2002, в якій суд визначив, що вимога про встановлення факту неукладення договору не призводить до поновлення порушених прав, така вимога не може бути предметом спору та самостійно розглядатися в окремій справі. Вимога про визнання договору неукладеним є нічим іншим як встановленням факту, що має юридичне значення.

Аналогічна правова позиція міститься у численних Постановах ВГС України [26]. Тобто судами зазначено, що у таких випадках до суду мають подаватися позови не про визнання договору неукладеним, а про наслідки неукладеного договору, тобто про повернення майна, набутого без достатньої правової підстави. До того ж суд у будь-якому випадку зобов'язаний спочатку встановити наявність чи відсутність підстав визнання договору неукладеним, а вже потім – можливість застосування відповідних наслідків. Крім того, дуже часто зазначена правова позиція є предметом зловживання. Так, багато недобросовісних контрагентів, усвідомлюючи те, що у договорі сторонами не було досягнуто всіх істотних умов (а іноді закон визначає доволі несуттєві істотні умови) звертається до суду на цій підставі з позовом про визнання договору недійсним. Суди відмовляють у задоволенні таких позовів на підставі того, що зазначений договір є неукладеним, а отже, він не може бути визнаний недійсним. Фактично мета недобросовісного конкурента досягнута – суд встановив факт неукладеності договору. Проте в аналогічних ситуаціях є й протилежна практика. Так, у постанові ВС України від 10.02.2009 у справі №10/33/08 суд дійшов висновку, що, якщо буде доведено, що спірний договір його сторонами виконується, то це не дає підстав вважати цей договір неукладеним [28]. Зазначена обставина також виключає можливість застосування до спірних правовідносин ч. 8 ст. 181 Господарського кодексу України (далі – ГК України), відповідно до приписів якої визначення договору як неукладеного (такого, що не відбувся) може бути на стадії укладання господарського договору, у разі якщо сторони не досягли згоди з усіх істотних його умов, а не за наслідками виконання договору сторонами. Узагальнюючи все сказане, можна зробити такий висновок, що необхідно дуже відповідально ставитись до узгодження всіх істотних умов договору, адже наявність у сторін договору розбіжностей з будь-яких його умов перетворює останній в неукладений. Судова практика за наслідками

неукладеності договорів доволі складна та неоднозначна, а тому краще упереджувати такий спір ще на стадії укладання договорів.

Отже, ціла історія розвитку та становлення наших уявлень з вами про зміст, класифікацію, сутність, цивільного договору підштовхує нас на сприйняття його як самого універсального юридичного інструмента, на меті якого стоїть забезпечення заінтересованим особам можливості встановлювати, змінювати та припиняти відповідні цивільні права та обов'язки на основі вільного волевиявлення та усвідомлення обов'язковості виконання умов договору. Тобто угода сторін - це «душа» договору, «тіло» якого становлять погоджені в ньому умови, що складають зміст договору.

Підсумовуючи Розділ 1, слід вказати, що договір пройшов багато етапів становлення від античної філософії до сучасної концепції суспільного договору. Від античності, через середньовіччя, радянського періоду до сьогодення договір формував зобов'язання породженні договором, які періодично трансформувалися разом і з самим визначенням терміну «договір». Сьогодні, договір виступає угодою двох або більше сторін про встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків разом із численною варіативністю, ті договори, які законодавчо закріплені та поділ договорів за різними поглядами науковців. Наприклад, згідно до законодавства договори можуть бути односторонніми та двосторонніми, іменні та безіменні, вільні та обов'язкові, основні та додаткові, типові, публічні, казуальні або абстрактні, а також, консенсуальні та/або реальні. Науковці, приймають або навпаки, через свою суб'єктивну думку критикують будь-який поділ, наприклад, Ю.В. Романець виділяє в класифікації результат економічний та юридичний, в результаті чого, виділяє сім груп цивільно-правових договорів, а О.А. Красавчиков приділяє увагу спрямованості зобов'язальних правовідносин у класифікації. Для того, щоб сторони якнайшвидше змогли діяти необхідної для кожної з них мети, важливим елементом у договорі є зміст. Змістом є взаємопов'язані процеси,

елементи, зв'язки які становлять конкретний предмет або явище. Це відповідні пункти, які сторони погодили між собою та які є обов'язковими для дотримання, для якнайшвидшого способу дістатися згоди. І саме істотні умови договору відображають природу договору, та являються тим елементом, який доповнює та розкриває ще більше зміст договору. Істотними умовами, є умови які передбачені ЦК України, а також відповідним договором, як наприклад за будь-яким оплатним договором, необхідною умовою є ціна, а також, сторони можуть наполягати на узгодженні умов, які прямо не названі в законі істотними. Зміст договору може визначатися з повною точністю при моменті його укладання, або ж згодом, проте на цей випадок, в законі або в договорі будуть міститися чіткі вказівки, за допомогою яких можна визначити зміст договору, дане положення стосується терміну, ціни та ін. умов. Для тлумачення змісту договору дуже часто застосовують міжнародні акти і звичаї, наприклад правила Інкотермс, міжнародні комерційні умови щодо торговельних умов в галузі міжнародної торгівлі. На мою думку, на сьогоднішній день, договір виступає дуже важливим елементом у житті суспільства, кожен день укладається десятки тисяч договорів, що тільки підкреслює актуальність даної теми. Вважаю, необхідно приділити більшу увагу тлумачення самого терміну «договір», доповнити його необхідними елементами, сформулювати таким чином, щоб воно містило в собі основні визначально правові категорії, які не мали б можливості для оспорування, не допускало повтору їх складових елементів.

РОЗДІЛ 2

ПРАВОВА ПРИРОДА КОНСЕНСУАЛЬНИХ ДОГОВОРІВ

2.1. Вимоги щодо змісту консенсуального договору

З історії, консенсуальний договір є договором, який виникає із звичайної згоди між сторонами. Досягнення згоди між сторонами не вимагає будь-яких формальних чи символічних дій, щоб встановити зобов'язання. Незважаючи на те, що консенсуальний договір був відомий загальному праву, він виник з римського права. У римському праві консенсуальний договір охоплював чотири види договорів, у яких достатньо було лише неофіційної згоди, такими договорами були: агентська угода, партнерська угода, договір купівлі-продажу, договір найму [96].

Консенсуальні договори не вимагають будь-яких формальностей, тому згода сторін більш рішуче дається саме у консенсусному договорі. Коли дається згода сторін, відразу створюється договір. ЦК України не передбачає прямий поділ договорів на реальні та консенсуальні, проте доктрина цивільного права розширює характеристику договорів запропоновану законодавством. Консенсуальний договір – це договір, який вважається укладеним лише після того, як сторони дійдуть згоди з усіх істотних умов договору, досягнувши згоди, договір вважається дійсним, а здійснення відповідних дій за договором відбуваються з метою виконання їх [96].

Зміст договору, виходячи з статті 628 ЦК України, становить сукупність умов визначених на розсуд сторін, та погоджених ними, а також угод, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства. Умови договору поділяються на:

- істотні умови, погодження яких є обов'язковим. До таких закон відносить: умови про предмет договору; умови, що визначені спеціальними нормами 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;

– звичайні умови, що базуються на диспозитивних нормах закону або звичайних. Внесення їх до тексту договору не є обов'язковим але вони підтягають виконання. Наприклад порядок розгляду спорів, відшкодування шкоди, або для більшості договорів ціна є звичайною умовою і відповідно до ч. 4 ст. 632, якщо вона у договорі не встановлена і не може бути визначена виходячи з його умов, то визначається виходячи із звичайних цін, що склалися на аналогічні товари, роботи або послуги на момент укладення договору;

– випадкові умови, які не передбачені певним вадом договору та не мають значення для укладання договорів, але можуть бути встановлені за погодженням сторін. Набувають юридичного значення в разі їх включення в договір. Це умови визначені сторонами на підставі принципу диспозитивності [2].

Зміст договору може визначатися шляхом типізації договірних умов, та компетентними органами. У встановленому порядку можуть застосовуватися типові форми договору, які набувають сили своєрідних нормативно – правових актів.

Тлумачення умов договору здійснюється відповідно до ст. 213 ЦК України аналогічно до тлумаченню правочинів [4]. Зміст договору може бути витлумачений стороною (сторонами) або на її (їх) вимогу судом. При тлумаченні змісту договору беруться до уваги однакове для всього змісту значення слів і понять, а також загальноприйняте у відповідній сфері відносин значення термінів. Якщо буквальне значення слів і понять, а також загальноприйняте у відповідній сфері відносин значення термінів не дає змоги з'ясувати зміст окремих частин договору, їхній зміст встановлюється порівнянням відповідної частини договору зі змістом інших його частин, усім його змістом, намірами сторін [34]. Якщо ж навіть у цьому разі немає

можливості визначити справжню волю особи, яка уклала договір, до уваги беруться мета договору, зміст попередніх переговорів, ustalена практика відносин між сторонами, звичаї ділового обороту, подальша поведінка сторін, текст типового договору та інші обставини, що мають істотне значення [4].

На сьогоднішній день до консенсуальних договорів відноситься низка договорів, деякі з них можуть бути як консенсуальними так і реальними. Консенсуальними договорами є (з певним застереженням): договір міни, дарування, довічного утримання, оренди, позички, підряду, страхування, купівлі-продаж, доручення, комісія, спільна діяльність, надання послуг та інші.

Розкриємо зміст консенсуальних договорів на прикладі декількох з перерахованих. Наприклад, за договором купівлі-продажу, істотні умови залежать від виду договору (договір роздрібної купівлі-продажу, договір поставки, договір контрактації, договір постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, договір міни). Але є істотна умова, яка стосується всіх без винятку видів договору купівлі-продажу, цією умовою є умова про предмет, що включає в себе найменування товару та його кількість [97, с. 251]. Наприклад, предмет договору роздрібної купівлі-продажу товару, окрім дій сторін (які у всіх договорах купівлі-продажу спрямовані на передачу майна у власність від однієї сторони до іншої), включає і товар [80, с. 42]. Згідно зі ст. 669 ЦК України, кількість товарів у договорі визначається в натуральному (відповідних одиницях виміру) або грошовому вираженні. Ця умова вважається узгодженою також у випадку, коли договором встановлено порядок визначення кількості товару, що підлягає передачі [4]. Кількість товару в договорі можна виразити мірами ваги, об'єму, довжини, площі, в штуках. Вибір тієї чи іншої одиниці залежить від характеру товару і від практики, що склалася в торгівлі цим товаром. Наприклад, для цукру, зернових, вугілля, переважно застосовуються міри ваги, для будматеріалів –

мір довжини та об'єму (кубометри), для рідких речовин застосовуються і міри ваги, і міри об'єму, для одягу, книг, годинників, меблів кількість визначається в штуках, а розмір продажу переважно обчислюється кількістю штук, що входить у партію і т.д. [97, с. 252].

Ціна, є наступною, не менш важливою істотною умовою, яка є визначальною для договорів роздрібної купівлі-продажу, контрактації, поставки для державних потреб (різновид договору поставки), біржових контрактів, договору аукціонного продажу. Для всіх інших видів договору купівлі-продажу ціна є звичайною умовою і якщо вона в договорі не зазначена і не може бути визначена виходячи з його умов, то відповідно до ст. 691 ЦК України, визначається виходячи зі звичайних цін, що склалися на аналогічні товари на момент укладення договору [97, с. 252].

Строк є істотною умовою для біржових контрактів і договору поставки для державних потреб. Для інших видів договору купівлі-продажу строк є звичайною умовою і якщо зміст договору не дає можливості його визначити, то покупець має право вимагати від продавця передачі товару у будь-який час, а продавець повинен виконати цей обов'язок у семиденний строк з дня пред'явлення вимоги, якщо обов'язок негайного виконання не впливає з договору або актів цивільного законодавства відповідно до 663 статті ЦК України [97, с. 252].

Асортимент належить до звичайних умов договору купівлі-продажу. Під асортиментом слід розуміти певне співвідношення видів, моделей, сортів товару. Необхідно розрізняти груповий та розгорнутий асортимент. Перший є переліком різноманітних груп однорідних товарів (наприклад шуби кролячі, норкові, песцеві), другий на відміну від нього деталізує кожен вид товару за певними показниками (колір, розмір, сорти та ін.). При великій кількості асортиментних позицій, вони вказуються в спеціальному документі – специфікації, який додається до договору і на який у тексті договору робиться посилання. Характерно, що умова про асортимент може бути

змінена в процесі виконання договору купівлі-продажу. Якщо ж в договорі умова про асортимент не зазначена, але із суті зобов'язання випливає, що товар має бути переданий покупцю в асортименті, продавець має право передати товар в асортименті, виходячи з потреб покупця, які були йому відомі на момент укладення договору або відмовитися від договору ст. 671 ЦК України [4].

Ще однією звичайною умовою договору купівлі-продажу є умова про якість товарів. Якістю називається сукупність властивостей, що визначають придатність товару для використання його за призначенням. Умова про якість товару визначається в договорі різними способами, залежно від характеру товару, від практики, що склалася в торгівлі даним товаром та інших умов. У випадку відсутності стандартів на певний товар або при необхідності встановлення спеціальних вимог до його якості у зв'язку з особливими умовами його виробництва та експлуатації застосовується визначення якості товару за технічними умовами, що містять детальну технічну характеристику товару, опис матеріалів, з яких він виготовляється, правила і методи перевірки та випробувань. Технічні умови наводяться безпосередньо у тексті договору або в додатках до нього. У випадку, коли умова про якість не міститься в тексті договору, застосовується п. 2 ст. 673 ЦК України, згідно з якою переданий товар повинен бути придатний для мети, з якою товар такого роду звичайно використовується [97, с. 252].

Будь-який товар може бути придатним для використання лише протягом певного часу. З цією метою встановлюються його гарантійні строки і строки придатності. Гарантійний строк товару може бути визначений сторонами у договорі. Він обчислюється з моменту передачі товару і покликаний забезпечити його якість протягом визначеного періоду часу. Згідно зі ст. 676 ЦК України гарантійний строк призупиняється у випадку неможливості використання товару через обставини, що залежать від продавця до їх усунення. При заміні товару неналежної якості або

комплектуючого виробу гарантійний строк на нього починає спливати заново. Іноді законом або іншими правовими актами передбачено інші гарантійні строки. В такому випадку сторони можуть змінити їх у договорі лише в сторону збільшення.

Строк придатності товару, на відміну від гарантійного строку, встановлюється лише законом, іншими правовими актами, державними стандартами і не може бути змінений у договорі. Це період часу, який обчислюється з дня виготовлення товару, зі спливом якого товар вважається непридатним для використання за призначенням. Він встановлюється, як правило, на споживчі товари, що швидко псуються (продукти харчування, парфумерія, медикаменти), їх реалізація після спливу строку придатності заборонена законом. До звичайних умов договору купівлі-продажу належить також умова про комплектність товару. Комплектністю товару (технічною комплектністю) називається сукупність його складових частин, без яких неможливе його використання [97, с. 253].

До звичайних умов договору купівлі-продажу належить також умова про комплектність товару [31]. Комплектністю товару (технічною комплектністю) називається сукупність його складових частин, без яких неможливе його використання. Комплектність використовується, як правило, в технічно складних виробках, де комплектуючі вироби конструктивно пов'язані одне з одним.

Тара і упаковка служать для забезпечення збереження товару при транспортуванні і зберіганні, а в деяких випадках є обов'язковим елементом естетичного вигляду товару (наприклад для парфумерії). В певних випадках обов'язкову вимогу щодо тари та упаковки можуть містити певні нормативні документи (наприклад, держстандарти) з метою охорони здоров'я громадян і навколишнього довкілля [97, с. 253].

Істотною умовою договору дарування є його умова про предмет, тобто безпосередньо про дарунок, яким можуть бути рухомі та нерухомі речі,

майнові права. У договорі позички це умова про предмет. За договором підряду, який до речі є лише консенсуальним договором, до істотних умов відносять предмет, який може бути як робота, так і результат, також ціна, та термін початку робіт та термін їх закінчення.

Як зазначено у ч. 1 ст. 673 ЦК України, тлумачення договору здійснюється відповідно до ст. 213 цього Кодексу, тобто відповідно до правил щодо тлумачення правочину. Зміст договору може бути витлумачений самими сторонами. На вимогу однієї або двох сторін суд може винести рішення про тлумачення змісту договору. При цьому береться до уваги буквальне значення слів, що їх використовують сторони [96].

Якщо буквальне значення слів не дає змоги з'ясувати зміст окремих частин договору, цей зміст встановлюється порівнянням відповідної частини правочину з усім його змістом, завдяки статті 9 Конституції України яка надає право користуватися міжнародною практикою: «чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України» [1], і тому якщо і таким шляхом не вдається встановити справжню волю особи, яка вчинила договір, до уваги береться мета правочину, зміст попередніх переговорів, усталена практика відносин між сторонами, звичай ділового обороту, подальша поведінка сторін та інші обставини, що мають істотне значення. Подібні положення щодо тлумачення договорів містяться і в деяких міжнародно-правових актах. Так, згідно зі ст. 8 Конвенції Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року, заява або інша поведінка сторін тлумачиться відповідно до її наміру, якщо інша сторона знала або не могла не знати, яким був цей намір (п. 1); якщо застосування п. 1 не дає результатів, то волевиявлення тлумачиться відповідно до того розуміння, яке мала б розумна особа, діюча в тій самій якості, що й інша сторона за аналогічних обставин (п. 2); при цьому необхідно враховувати усі обставини, включаючи переговори, будь-яку практику, яку сторони

встановили у своїх відносинах, звичаї і наступну поведінку сторін (п. 3) [33]. Аналогічне положення закріплене і в Принципах міжнародних комерційних договорів (УНІДРУА) [3]. При тлумаченні договору можуть враховуватися також типові умови (договори), навіть якщо у договорі немає посилання на ці умови [96].

А як щодо невизначеності умов договору, та які наслідки матимуть сторони. Як відомо, суд, тлумачачи договір під час вирішення спору, виходить із запропонованих сторонами понять спірної умови і, ґрунтуючись на принципі диспозитивності цивільного процесу, може відступити від них лише в силу імперативних приписів закону (зокрема, встановлюючи наявність умов, які характеризують правочин як фіктивний або удаваний відповідно до ст. 234, 235 ЦК України.

В юридичній літературі пропонується вести мову про очевидну і приховану невизначеність договору [81, с. 6]. Теоретики права вважають, що очевидна невизначеність умови, як правило, є результатом помилок (описок, неточностей, помилок, упущень тощо) у тексті договору або наслідком поспішних чи неретельно сформульованих волевиявлень [81, с. 37], із чим ми цілком погоджуємося. Проте значно частіше під час вирішення договірних спорів трапляються приклади прихованої невизначеності, яка полягає у втраті умовою договору однозначності під час її співвідношення із конкретними обставинами спору.

Аналізуючи питання причин виникнення суперечностей у розумінні змісту договору, слід попередньо вказати на наявність як об'єктивних, так і суб'єктивних передумов. Перші пов'язані з багатозначністю використаної у договорі мови, другі – зумовлені розбіжністю сфер усвідомлення умов кожною зі сторін. З точки зору вирішення договірних спорів у багатьох випадках зміст умов, про які сперечаються сторони, зрозумілі суду вже після першого прочитання тексту договору. Між тим обидві або одна зі сторін продовжують наполягати на іншому, відмінному від буквального, значенні

спірної умови. Відтепер в Україні переважною є позиція, що полягає в обмеженні тлумачення буквальним значенням тексту. Це багато в чому нагадує ранні французький та англійський підходи і свідчить про те, що зараз суди, як правило, обмежуються буквальним значенням тексту, навіть на шкоду дослідженню волі сторін. Так, ст. 231 ЦК України встановлюється презумпція буквального розуміння значення слів і понять, а також загальноприйняте у відповідній сфері відносин значення термінів, які мають бути витлумачені судом. І лише в разі неможливості встановлення справжньої волі особи до уваги беруться мета правочину, зміст попередніх переговорів, усталена практика відносин між сторонами, звичаї ділового обороту, подальша поведінка сторін, текст типового договору та інші обставини, що мають істотне значення (ч. 4 ст. 213 ЦК України).

Отже, на прикладі істотних умов різних договорів, можна сформулювати наступне визначення, вимоги, щодо змісту консенсуальних договорів напряду залежать від договору який застосовується. За договором купівлі-продажу, умовами, які мають бути обов'язково встановлені сторонами є: предмет, ціна, строк, асортимент, якість товару, строк придатності, комплектність товару, тара і упаковка, за договором дарування вимогою щодо змісту є безпосередньо дарунок і т.д.. Вимога про тлумачення договору, як правило, має допоміжний (факультативний) характер, а результат тлумачення важливий для вирішення інших питань, що стоять перед судом: чи має позивач право на стягнення збитків, чи є договір укладеним, чи не порушує він імперативних норм закону, до якого виду договорів необхідно віднести спірний договір тощо. Визначною підставою для тлумачення змісту договору є саме незрозумілість його понять, а не встановлення норм законодавства, які мають регулювати спірні відносини, чи непогодження з умовами договору після його укладення шляхом створення штучних підстав для визнання його недійсним чи розірвання.

2.2. Порядок укладання консенсуального договору та його форма

Укладення договорів за економічними інтересами суспільства в обов'язковому порядку пояснюється необхідністю виправданого втручання держави в економічні відносини учасників цивільного обороту. В цих випадках укладенню договору в обов'язковому порядку передують наявність специфічного виду зобов'язання – зобов'язання укласти договір, яке виникає зі складного юридичного складу: акта законодавства або передбаченого законодавством юридичного факту, що дозволяє вимагати укладення договору, та оферти, заінтересованої в укладенні договору сторони.

Залежно від критерію поділу виділяють різні способи укладення договорів. За способом узгодження змісту договору виділяють загальний, спеціальний і судовий порядок укладення договору. Загальний порядок укладення договору закріплено в ЦК України, а саме в Главі 53 «Укладення, зміна і розірвання договору» статті 638-650 [4]. Укладення договорів відбувається за допомогою певних нормативно кваліфікованих дій сторін. В доктрині права способами укладення договору визнається нормативно врегульована система здійснення суб'єктами дій, через які досягається вільне і взаємне узгодження волі сторін договору [43, с. 191]. Спеціальний порядок передбачає укладення договорів, які мають свої особливості, і залежить від способів укладення договору (аукціон, конкурс, біржовий спосіб). Судовий порядок укладення договору є окремою стадією, що регулюється спільно матеріальними і процесуальними нормами законодавства, з тією особливістю, що волевиявлення сторін затверджується судовим рішенням та вступає в дію з моменту набрання чинності самого рішення суду [40, с. 126–127].

За характером формування волевиявлення виділяють неконкурентний і конкурентний способи. Неконкурентний спосіб укладення договору передбачає визначений суб'єктний склад майбутнього договору, що

підтверджується адресованістю оферти конкретному суб'єкту (суб'єктам). Специфіка конкурентного способу укладення договорів обумовлена існуванням механізму ринкової конкуренції при проведенні різного роду торгів (аукціонів, конкурсів), за результатами яких договір укладається з переможцем торгів [45, с. 18]

За ступенем свободи волевиявлення договори можуть бути поділені на договори, які укладають на основі вільного волевиявлення або в обов'язковому порядку. На основі вільного волевиявлення укладаються договори, сторони яких мають право погоджувати на свій розсуд будь-які умови договору, що не суперечать законодавству. Законодавство виходить із презумпції права будь-якої особи укласти договір на основі вільного волевиявлення, якщо інше не випливає з закону або сутності зобов'язання, породжуваного договором.

За сферою поширення укладення договору охоплює загальні умови укладення договору (наявність взаємної згоди з усіх істотних умов), порядку укладення (шляхом вчинення оферти в обмін на акцепт), місця і часу (моменту) укладення, а також встановлення особливостей укладення окремих видів договорів [96]. У результаті укладення договору виникає договірний правочин, момент виникнення якого одночасно вважається моментом виникнення цивільних прав та обов'язків сторін цього правочину. З цього моменту на відносини сторін поширюється дія норм закону, інших актів цивільного законодавства, що стосуються даного виду договорів.

Порядок укладення саме консенсуальних договорів залежить від специфіки договору який укладається. Вище наведена класифікація детально розкриває порядок укладення договорів в цілому. Слід відмітити, що важливу роль відіграє який саме договір в майбутньому буде укладений сторонами, не тільки істотні умови але й порядок укладення та форма є вирішальною при наданні договору статусу консенсуальний. Наприклад, договір комісії є консенсуальним правочином, оскільки він вважається

укладеним з моменту досягнення згоди з усіх істотних умов договору в належній формі [43, с. 356]. Аналіз глави 69 ЦК України не встановлює спеціальних вимог до форми договору комісії. Тому питання про форму договору комісії вирішується на підставі загальних вимог щодо форми правочинів згідно з ст. 639 ЦК України. Особливості укладення договору комісії непродовольчими товарами визначені у Інструкції про порядок оформлення суб'єктами господарювання операцій при здійсненні комісійної торгівлі непродовольчими товарами, затверджених наказом Міністерства зовнішніх економічних зв'язків і торгівлі України від 8 липня 1997 р. Відповідно до даної Інструкції, при вийманні речей на комісію, комісіонер на кожну одиницю товару виписує квитанцію у двох примірниках і товарний ярлик. Перший примірник квитанції видається комітентові, другий залишається у комісіонера. Товарний ярлик повинен мати той самий номер, що й квитанція. Для дрібних речей виписується цінник із зазначенням номера квитанції та ціни реалізації товару. Варто зазначити, що квитанція і товарний ярлик можуть підтверджувати укладення письмового договору, лише при умові їх підписання сторонами. Або, згідно до ч. 1 ст. 1000 ЦК України, за договором доручення одна сторона (повірений) зобов'язується вчинити від імені та за рахунок другої сторони (довірителя) певні юридичні дії. Оскільки договір доручення є підставою виникнення представництва на правовідносини що виникають на підставі договору доручення, поширюються норми глави 17 ЦК України «Представництво». Договір доручення є договором про надання послуг. Тому положення глави 63 ЦК України також можуть застосовуватися до договору доручення, якщо це не суперечить суті зобов'язання (ч. 2 ст. 901 ЦК) [97, с. 352]. Тобто порядок укладання договорів регулюється нормами відповідних договорів, які повинні включати необхідні особливості. Порядок укладання консенсуальних договорів це перш за все необхідні дії сторін для

встановлення консенсусу та узгодження волі сторін, саме тому це є важливим елементом у договірних відносинах.

Форму договору вчені розглядають не тільки як спосіб волевиявлення сторін, а також, такий собі спосіб фіксації волевиявлення [42, с. 87], дехто з науковців намагається об'єднати вище наведені способи, дехто навпаки вказують на необхідність обмежити сприйняття форми правочину до вузького розуміння, яке представлено у законі лише як форма вираження та закріплення волі суб'єктів правочину або як спосіб фіксації волевиявлення учасників конкретного правочину [70, с. 146]. Науковцями інколи пропонується розрізняти поняття «форма договору» та «форма укладення договору». Наприклад, В. В. Вітрянський вказує, що поняття «форма договору» іноді розглядається як вся сукупність засобів та способів зображення, фіксації та передачі договірної інформації, а сам термін «форма договору» узагальнено характеризує сукупність дій, які містять повідомлення про намір сторін вступити у договірні відносини на певних умовах. Прихильники такої позиції стосовно укладення договору у належній формі розмежовують форму оферти, форму акцепта оферти та форми дій, які вчиняються з метою конкретизації змісту договору, внесення у нього змін, фіксації та врегулювання розбіжностей, які виникають між сторонами [70, с. 146]. Взагалі питанню форми, а також проблемі співвідношення форми та змісту у філософії завжди приділялось досить багато уваги. Зокрема, як вказується у філософському енциклопедичному словнику, формою є, перш за все, зовнішні обриси, зовнішній вигляд предмета, зовнішній вираз якогось змісту; формою також є і внутрішня побудова, структура, певний та визначальний порядок предмета або порядок перебігу процесу, на відміну від його матерії, змісту або вмісту. Водночас форма визнається способом існування та вираження змісту [89, с. 146]. Взаємодія змісту та форми у процесі розвитку обов'язково включає як вплив окремих компонентів змісту на форму, так і вплив окремих компонентів форми на зміст з урахуванням

об'єктивної взаємопов'язаності форми та змісту. У зв'язку форми та змісту саме зміст є визначальною стороною об'єкта, а форма відображає ту його сторону, яка модифікується, змінюється залежно від зміни змісту та конкретних умов його існування. Яскравим прикладом, який ілюструє залежність форми від змісту, можна вважати встановлену законом вимогу щодо укладення договору у певній формі залежно від змісту договору (наприклад, для договору купівлі-продажу нерухомості, зберігання тощо). Водночас, форма, володіючи відносною самостійністю, здійснює зворотній активний вплив на зміст: форма, яка відповідає змісту, прискорює його розвиток, тоді як форма, яка припинила відповідати змісту, що зазнав змін, гальмує його подальший розвиток. З цього приводу В. В. Вітрянський писав, що будь-яка додаткова вимога до форми договорів об'єктивно призводить до ускладнення та сповільнення процедури укладення договору та, як правило, викликає додаткові витрати з їх оформлення [47, с. 340].

Для розуміння сутності форми договору, на нашу думку, необхідно також розглянути поділ договорів на формальні та неформальні, що був запроваджений ще у римському праві та фактично збережений у ряді сучасних держав. Так, Р. Саватьє вказував, що договори за французьким правом, в принципі, консенсуальні, досить явно вираженої домовленості сторін для того, щоб вони виконувались, і ніякої спеціальної форми для цього не вимагається. Виключення становлять формальні договори, дійсність яких залежить від дотримання форми, встановленої законом [66, с. 230]. Наприклад, відповідно до §§ 126-129 Німецького цивільного уложення в якості форм договору розглядається лише письмова, нотаріально посвідчена та інші форми, тоді як, наприклад, питання конклюдентних дій, розглядається не як форма договору, а як спосіб волевиявлення [66, с. 573]. Таке розуміння дає підстави вважати, що, незважаючи на його відсутність у тексті кодексу, поділ договорів на «формальні» та «неформальні» фактично збережений і у сучасній Німеччині. Вказана класифікація сприймається і

деякими вітчизняними вченими, наприклад, Є. В. Васьковський вказував, що всі правочини розпадаються на формальні, для яких встановлена обов'язкова форма, та неформальні, для яких цього не зроблено [66, с. 180]. М. В. Осипова пропонує поділяти правочини залежно від моменту виникнення прав та обов'язків на консенсуальні, реальні та формальні, вказуючи при цьому, що як реальні, так і консенсуальні правочини, за російським законодавством, можуть бути формальними [67, с. 1008].

Критерієм розмежування форми договору від інших доказів, на нашу думку, є встановлення законом їхньої належності до форми договору. В тому чи іншому вигляді на необхідність встановлення певного способу волевиявлення у законі для надання йому статусу форми договору уже звертали увагу. Так, В. А. Рясенцев вказував, що передбачені законом способи вираження волі при здійсненні правочину одночасно є видами форм правочину, О. Л. Зайцев вважає, що форма правочину відображає формальні вимоги чинного законодавства до способу вираження волевиявлення у правочині. Однак, вважаємо, законодавчу встановленість істотною ознакою поняття форми договору, оскільки у випадку відсутності вказівки у законодавстві на певні дії (конклюдентні дії, складання письмового документа тощо) як на елемент форми договору, такі дії не будуть визнаватись формою договору (наприклад, до закріплення на законодавчому рівні електронне листування не мало самостійного значення форми договору та вважалось усною формою). При цьому зазначена вказівка закону може бути як прямою, наприклад, формулювання ст. 205 ЦК України: правочин може вчинятися усно або в письмовій формі, так і опосередкованою, тобто містити положення про обов'язковість вчинення певних дій для остаточного оформлення волевиявлення сторін, наприклад, вимоги ЦК України щодо нотаріального посвідчення договорів. Ще однією істотною ознакою форми договору слід визнати наявність у волевиявленні сторін умов договору, оскільки в іншому випадку договір не буде укладеним, а тому вести мову про

його форму не уявляється за можливе. Таким чином, під формою договору слід розуміти встановлений законом спосіб волевиявлення сторін щодо змісту (умов) договору.

Стосовно місця форми договору в системі договірної права, то слід зауважити, що договір як категорія цивільного права, як правило, розглядається у кількох аспектах. Наприклад, М. І. Брагінський та В. В. Вітрианський вказують на те, що існуючий у римському праві погляд на договори дозволяв розглядати їх з трьох точок зору: як підставу виникнення правовідношення, як саме правовідношення, яке виникло з цієї підстави, та як форму, яку відповідне правовідношення набуває [47, с. 423]. О. В. Дзера вважає, що під поняттям «договір», крім юридичного факту, розуміють також цивільні правовідносини, що виникли з договору як юридичного факту, або мають на увазі правовий документ, яким зафіксовано факт виникнення договірної зобов'язання з волі його учасників [43, с.132]. На думку О. С. Иоффе, «для всебічного ознайомлення з сутністю договору він повинен бути вивчений і як юридичний факт, і як правовідношення, і як форма, що використовується при його укладенні» [58, с.432]. Усі вчені вказують на те, що дослідження цивільно-правового договору виключно як юридичного факту недостатньо, адже договір не лише є підставою для настання правових наслідків, встановлених у законі, наприклад, делікт, а й сам виступає регулятором суспільних відносин. Тому для дослідження будь-якого договору необхідно з'ясовувати, наскільки ефективним він є як такий регулятор, тобто обов'язковим об'єктом аналізу при дослідженні будь-якого договору повинні бути ті правовідносини, які виникають на підставі такого договору. Водночас, більшість із авторів пропонують розмежовувати договір як юридичний факт та договір як певну форму. На нашу думку, такий підхід є недоцільним, оскільки, як уже згадувалось, договір, як правове явище, складається з двох нерозривно поєднаних складових - змісту та форми, поєднання яких і утворює договір як юридичний факт. Тому підстави для

розмежування договору як юридичного факту та договору як форми (документа) відсутні, оскільки домовленість сторін, яка не об'єктивована у певній, встановленій законом формі, не має значення юридичного факту. Отже, на нашу думку, будь-який договір необхідно розглядати як юридичний факт та як правовідношення, яке виникло на його підставі. В свою чергу, під договором як юридичним фактом слід розуміти поєднання двох взаємозалежних та взаємообумовлених елементів: змісту тобто умов договору, які в сукупності відтворюють домовленість сторін та форми способу волевиявлення, за допомогою якого об'єктивовані умови договору. Підсумовуючи усе вищевикладене, робимо висновок, форма цивільно-правового договору – це встановлений законом спосіб волевиявлення сторін щодо змісту договору. Діалектичне поєднання змісту та форми договору утворює самостійний юридичний факт, який є підставою виникнення, зміни та припинення договірних правовідносин.

Форма договору відображає спосіб вираження волі його сторін. Сторони правочину мають право обирати його форму, якщо інше не встановлено законом. Цивільне законодавство визначає такі форми правочину:

1) конклюдентні дії – це дії особи, які свідчать про намір вчинити правочин; шляхом конклюдентних дій можна вчинити правочин, для якого законом не встановлена обов'язкова письмова форма (ч. 2 ст. 205 ЦК України); наприклад, кидаючи жетон в автомат, особа виражає волю на укладення договору перевезення громадським транспортом (метро);

2) мовчання – за цієї формою воля особи до вчинення правочину може виражатися лише у випадках, визначених законом або договором; так, відповідно до ст. 764 ЦК України, якщо наймач продовжує користуватися майном після закінчення строку договору найму, то за відсутності заперечення наймодавця протягом одного місяця договір вважається поновленим на строк, який був раніше встановлений договором;

3) усна форма – застосовується у всіх випадках, коли для конкретного виду правочину законом не передбачено іншу форму; відповідно до ч. 1 ст. 206 ЦК України усно можуть вчинятися правочини, які повністю виконуються сторонами у момент їх вчинення, за винятком правочинів, які підлягають нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації, а також правочинів, для яких недодержання письмової форми має наслідком їх недійсність;

4) письмова форма – виражається в тому, що правочин вчиняється шляхом фіксації його змісту за допомогою письмового тексту і підписання особами, які його вчинили, або за дорученням іншою особою у випадках, визначених законом; до письмової форми прирівнюється вираження волі сторін за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку ч. 1 ст. 207 ЦК України.

Письмова форма поділяється на просту письмову та нотаріально посвідчену. Відповідно до ст. 208 ЦК України у простій письмовій формі належить вчиняти правочини між юридичними особами; правочини між фізичною та юридичною особою, крім тих, що повністю виконуються сторонами у момент їх вчинення; правочини фізичних осіб між собою на суму, що перевищує у двадцять і більше разів розмір неоподаткованого мінімуму доходів громадян, крім тих, що повністю виконуються сторонами в момент вчинення; інші правочини, щодо яких законом встановлена письмова форма [4]. Правочин, який вчинений у письмовій формі, підлягає нотаріальному посвідченню лише у випадках, встановлених законом або домовленістю сторін. Так, відповідно до норм цивільного законодавства обов'язковому нотаріальному посвідченню підлягають договори про відчуження (купівля-продаж, міна, дарування, довічне утримання) житлового будинку, земельної ділянки та іншого нерухомого майна; заповіти; доручення на вчинення правочинів, що потребують нотаріального посвідчення тощо [97, с. 88]

За згодою сторін, які вчиняють правочин, нотаріальному посвідченню може підлягати будь-який правочин, навіть той, для якого ця вимога не є обов'язковою. У такому випадку перевірка правочину нотаріусом є додатковою гарантією законності його змісту. Необхідною умовою укладення деяких правочинів є їх державна реєстрація. Правочин підлягає державній реєстрації лише у випадках, встановлених законом. Такій реєстрації, зокрема, підлягають договори купівлі-продажу нерухомого майна; договір про передачу нерухомого майна під виплату ренти; договір найму будівлі, укладений на строк не менше одного року тощо. Від такої реєстрації слід відрізняти інші види реєстрації відповідно до законодавчих актів. Наприклад, правочини, укладені на товарній біржі, є укладеними з моменту їх реєстрації на біржі відповідно до ст. 15 Закону України «Про товарну біржу» від 10 грудня 1991 р. [9]. У визначених випадках сторони правочину повинні, крім державної реєстрації правочину, здійснити державну реєстрацію переходу права власності, наприклад, на нерухоме майно, дане трактування міститься у ст. 182 ЦК України.

Форми консенсуальних договорів відносяться наприклад за договором зберігання на товарному складі має такі особливості щодо форми укладання договору: письмова, яка вважається дотриманою, якщо прийняття товару на товарний склад посвідчене складськими документами (ч. 3 ст. 957 ЦК України). Цивільний кодекс встановлює такі види складських документів: складська квитанція, просте складське свідоцтво та подвійне складське свідоцтво [4]. Складська квитанція – це документ, який підтверджує факт прийняття товару на зберігання на товарному складі і містить основні відомості про товар. Просте складське свідоцтво – це єдиний документ, виданий на пред'явника, що підтверджує передачу товару на зберігання. Це свідоцтво є цінним папером на пред'явника та має обов'язково містити такі реквізити: найменування та місцезнаходження товарного складу, що прийняв товар на зберігання; номер свідоцтва за реєстром товарного складу;

найменування і кількість прийнятого на зберігання товару – число одиниць та (або) товарних місць та (або) міра (вага, об'єм) товару; дата видачі свідоцтва; підпис особи, яка видала свідоцтво, та печатка товарного складу; вказівка на те, що воно видане на пред'явника. Недотримання принаймні одного з цих обов'язкових атрибутів спричиняє недійсність простого складського свідоцтва відповідно до ч. 3 ст. 965 ЦК України. Подвійне складське свідоцтво складається з двох частин: складського свідоцтва та заставного свідоцтва, які можуть бути як поєднані, так і відокремлені одне від одного. Усно можуть бути вчинені правочини, які повністю використовуються сторонами в момент їх вчинення (ст. 206 ЦК України), наприклад, купівля фізичною особою речі в магазині, що супроводжується одночасною сплатою ціни речі та її передачею покупцю. У такому самому порядку вчиняються усні правочини за участю юридичних осіб, закон лише зобов'язує продавця у випадках їх вчинення видати юридичній особі, яка сплатила за товар, документ, що підтверджує підставу сплати та суму одержаних продавцем коштів [4]. Не можуть бути вчинені в усній формі правочини, щодо яких потрібне нотаріальне посвідчення або державна реєстрація, а також правочини, для яких недодержання письмової форми має наслідком їх недійсність. За домовленістю сторін усно можуть вчинятися правочини на виконання договору, укладеного письмово. Однак укладатися в усній формі правочини можуть лише за таких умов: укладення у письмовій формі правочину, на виконання якого укладаються такі договори; відсутність у законі норм, які забороняли б укладення такого договору в усній формі; відсутність заборони його укладення в усній формі у договорі, на виконання якого він укладається. Як уже зазначалося, порушення форми угоди саме по собі ще не є підставою для визнання її недійсною (ст. 45 ЦК України). Подібне можливе лише у випадку, коли такий наслідок прямо визначений відповідним законом. Отже, заінтересована сторона чи суд мають послатись на конкретний закон, що передбачає подібні наслідки для конкретного виду

спірних угод [74, с.16]. Стаття 209 ЦК України передбачає нотаріальне посвідчення правочинам, які вчинені у письмовій формі, лише у випадках встановлених законом або за домовленістю сторін. Також на вимогу фізичної або юридичної особи будь-який правочин з її участю може бути нотаріально посвідченим. Нотаріальне посвідчення може бути вчинене лише такого правочину, який відповідає загальним вимогам, встановленим законодавством, а саме: зміст правочину не може суперечити Цивільному кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства. Особа, яка вчиняє правочин, повинна мати необхідний обсяг цивільної дієздатності, а сам правочин має вчинятися у формі, встановленій законом. Недодержання сторонами вимоги закону про його обов'язкове нотаріальне посвідчення, тягне за собою визнання такого правочину нікчемним. Чинним законодавством України чітко визначено, які правочини підлягають обов'язковому нотаріальному посвідченню, а саме:

- договори про відчуження (купівля-продаж, міна, дарування, пожертва, рента, довічне утримання (догляд), спадковий договір) нерухомого майна відповідно до положень статей 657, 715, 719, 729, 732, 745, 1304 Цивільного кодексу України;
- іпотечні договори згідно із вимогами статті 18 Закону України «Про іпотеку» та статті 577 Цивільного кодексу України [14];
- договори про спільну часткову власність на земельну ділянку; про купівлю-продаж земельних ділянок, про перехід права власності та про передачу права власності на земельні ділянки; про обмін земельними ділянками, які виділені єдиним масивом у натурі (на місцевості) власникам земельних часток (паїв) відповідно до статей 88, 128, 132, 142 Земельного кодексу України [8];
- договори про поділ майна, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя; про надання утримання; про припинення права утримання взамін набуття права на нерухоме майно або одержання

одноразової грошової виплати; шлюбні договори; договори між подружжям про розмір та строки виплати аліментів на дитину; договори про припинення права на аліменти на дитину у зв'язку з набуттям права власності на нерухоме майно відповідно до статей 69, 78, 89, 94, 109, 189, 190 Сімейного кодексу України [7];

- договори найму будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини) строком на три роки і більше згідно з вимогами статті 793 Цивільного кодексу України [4];
- договори найму транспортних засобів за участю фізичної особи, договори позики транспортного засобу, у якому хоча б однією стороною є фізична особа відповідно до статті 799, 828 Цивільного кодексу України [4];
- договори про створення акціонерних товариств, якщо товариства створюються фізичними особами відповідно до статті 153 Цивільного кодексу України [4];
- установчі договори про створення друкованих засобів масової інформації, у випадку якщо одним із співзасновників друкованого засобу масової інформації, є фізична особа відповідно до ст. 9 Закону України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні»;
- договори управління нерухомим майном згідно статті 1031 Цивільного кодексу України [4];
- договори про зміну черговості одержання права на спадкування згідно статті 1259 Цивільного кодексу України [4] та інші.

Необхідно зазначити, що нотаріальне посвідчення правочину здійснюється нотаріусом (згідно із Законом України «Про нотаріат» [13] та Інструкцією про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України [21] або іншою посадовою особою, яка відповідно до закону (статті 245, 1251, 1252 ЦК України) має право на вчинення такої нотаріальної дії.

Такими особами, які мають право посвідчувати певні правочини, є:

а) посадові особи виконавчих комітетів місцевих рад. Згідно зі статтями 37, 40 Закону України «Про нотаріат» у тих населених пунктах, де відсутні нотаріуси, ці особи мають право посвідчувати заповіти (крім секретного) [13] та довіреності (за винятком довіреностей на право розпорядження нерухомим майном, на управління і розпорядження корпоративними правами. Нотаріальне посвідчення правочину здійснюється нотаріусом [11, 19] або іншою посадовою особою, яка відповідно до закону (статті 245, 1251, 1252 ЦК України) має право на вчинення такої нотаріальної дії. Такими особами, які мають право посвідчувати певні правочини, є:

- 1) посадові особи виконавчих комітетів місцевих рад. Згідно зі статтями 37, 40 Закону України «Про нотаріат» [11] у тих населених пунктах, де відсутні нотаріуси, ці особи мають право посвідчувати заповіти (крім секретного) та довіреності (за винятком довіреностей на право розпорядження нерухомим майном, на управління і розпорядження корпоративними правами та довіреностей на користування та розпорядження транспортними засобами) в порядку, передбаченому Інструкцією про порядок вчинення нотаріальних дій посадовими особами виконавчих комітетів сільських, селищних, міських Рад народних депутатів України;
- 2) консули. Відповідно до ст. 38 Закону України «Про нотаріат» [13] посадові особи консульських установ посвідчують договори, заповіти, доручення тощо (крім іпотечних договорів, правочинів про відчуження та заставу жилих будинків, квартир, дач, садових будинків, гаражів, земельних ділянок, іншого нерухомого майна, що знаходиться в Україні);
- 3) лікарі, капітани суден, начальники експедицій, командири військових частин тощо. У випадках, передбачених ст. 40 Закону

України «Про нотаріат», до нотаріально посвідчених прирівнюються заповіти та довіреності, посвідчені вказаними особами відповідно до Порядку посвідчення заповітів і довіреностей, що прирівнюються до нотаріально посвідчених [22]. Також, ЦК України зазначає, що державній реєстрації підлягають правочини у випадках встановлених законом, а саме, розпорядження майновими правами інтелектуальної власності (ст. 1114 ЦК України); комерційної концесії згідно до частини 2 статті 1118 ЦК України [4].

Розглядаючи форму договору необхідно приділити увагу порушенню порядку укладення договору, адже воно тягне за собою визнання договору неукладеним або недійсним. Неукладеним вважається договір щодо якого сторонами не досягнуто згоди з однієї чи з усіх істотних умов договору. При цьому йдеться саме про відсутність згоди сторін. Неприпустимо кваліфікувати неоднозначне розуміння сторонами тієї чи іншої умови як відсутність згоди між ними [40, с. 212]. Верховний суд України, розглядаючи спір про визнання договору позики недійсним, встановив таке. Банк «Надра» (далі - позивач) звернулося до суду з позовом до відповідача-1 та відповідача-2, третя особа – НБУ, про визнання недійсним договору безпроцентної позики, який укладений між відповідачами. Позовна заява мотивована тим, що "Банк "Кліринговий дім", позивачем та відповідачем-1 укладено консорціумний кредитний договір, відповідно до якого відповідачу-1 як Позичальнику Банками-учасниками надано кредит у формі непоновлювальної кредитної лінії. При цьому, відповідно до підпункту 4.3.19 пункту 4.3 договору Позичальник зобов'язався не укладати будь-які інші кредитні договори чи договори позики, договори фінансової допомоги або інші договори, що встановлюють зобов'язання для Позичальника та не проводити емісію цінних паперів без попереднього письмового узгодження з Банками-учасниками вчинення таких дій. Проте, позивачу стало відомо про

укладення відповідачами договору безпроцентної позики. Зазначений правочин, як вважає позивач, укладений з недодержанням вимог закону, зокрема приписів частин першої та другої статті 203 ЦК України, що є підставою для визнання його недійсним, з огляду на те, що позивач не надавав відповідачу-1 письмової згоди на укладення оспорюваного правочину [4]. Судами у задоволенні позову відмовлено повністю. Судові рішення мотивовано тим, що обмеження відповідача-1 умовами консорціумного кредитного договору щодо можливості вчинення ним відповідних правочинів у процесі своєї господарської діяльності поза правовідносинами, що виникають за кредитним договором, тобто фактичне обмеження його господарської правосуб'єктності як учасника господарських відносин, порушує баланс інтересів сторін та не відповідає засадам добросовісності, справедливості, розумності. Суди також зазначили про те, що позивачем не доведено, яким чином укладення відповідачами договору позики порушує права позивача, який не є стороною оспорюваного ним договору, в тому числі, не доведено, яким чином договір позики зачіпає інтереси позивача як кредитора за кредитним договором [27].

Нікчемний правочин є недійсним незалежно від визнання його таким і від бажання сторін, у зв'язку з чим його інакше називають абсолютно недійсним. Суд допускає визнання такого правочину дійсним лише у випадках, визначених законом, наприклад ч. 2 ст. 218, ч. 2 ст. 219, ч. 2 ст. 220 ЦК України і тд.. Оспорюваним є правочин, якщо його недійсність прямо не встановлена законом, але одна зі сторін або інша заінтересована особа заперечує його дійсність на підставах, встановлених законом. Такий правочин може бути визнаний судом недійсним. Однією з ознак, яка відрізняє оспорюваний правочин від нікчемного є презумпція його дійсності, що діє з моменту вчинення такого правочину. Натомість стосовно нікчемного правочину діє презумпція недійсності. Правочин, який може бути оспорений, надає зацікавленій особі можливість звернутися до суду з позовом про

визнання його недійсним. Але таке звернення ще не означає, що воно буде задоволено судом і оспорюваний правочин буде визнано недійсним, оскільки позивач може не довести під час судового розгляду справи обґрунтованості своїх вимог. До нікчемних правочинів належать: вчинені з недодержанням обов'язкової письмової форми, якщо недійсність прямо передбачена законом; вчинені з недодержанням обов'язкової вимоги закону про нотаріальне посвідчення; вчинені малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності без належного схвалення та багато інших підстав.

На думку О.В. Дзери, існує ряд правочинів, які не можна віднести ні до нікчемних, ні до оспорюваних. Наприклад, правочини, вчинені під впливом обману, у результаті зловмисної домовленості представника однієї сторони з іншою, фіктивні правочини близькі до оспорюваних, однак суд визнає їх недійсними за умови підтвердження допущених порушень вимог закону. Недійсність фіктивного (ст. 234) та удаваного (ст. 235) правочинів ЦК України не встановлено, проте їх необхідно відносити до нікчемних правочинів, оскільки вони за своїм юридичним змістом не можуть породжувати для його сторін цивільні права та обов'язки, а тому не можуть належати до оспорюваних. Фіктивний правочин є нікчемним уже тому, що обидві сторони знають, що їх волевиявлення не обов'язкові й не відповідають їх дійсній волі. Недійсність правочину зумовлюють його дефекти ознак або елементів правочину, недотримання вимог, які є обов'язковими для його дійсності. Це можуть бути: дефекти суб'єктного складу (укладення правочину особою, що немає необхідного обсягу дієздатності); дефекти волі (невідповідність волі та волевиявлення); дефекти (недотримання) форми; дефекти (незаконність і /або аморальність) змісту або порядку укладення правочину [97, с. 89]. Отже, питанню недійсності та нікчемності правочину приділяється багато уваги, проте існує і зворотній бік, як щодо так званого «зцілення» договору, і чи можливий взагалі даний процес. Звичайно конвалідація нікчемних цивільно-правових договорів є

певним нововведенням, проте дійсно, в деяких випадках конвалідація недоліку форми договору можлива.

Загалом, «зцілення» нікчемного правочину суперечить сутності ідеї нікчемності [88, с. 301], оскільки, як зазначає Є. Годеме, «неіснуюче не може нічого створити; у світі юридичному не можна нічого створити з нічого» [4]. Аналогічної думки дотримується і Ф.С. Хейфец, який вказує на те, що існування виключень із принципу незцілюваності нікчемного правочину у 20-і роки XX століття ще можна зрозуміти, оскільки в ті часи існували експлуататорські класи, а трудящі були недостатньо освічені і юридична допомога не завжди була доступна», проте відповідні положення сучасного цивільного законодавства «не тільки не можна виправдовувати, але й слід визнати їх алогічними, непослідовними та такими, що є легальними шляхами для обходу закону [69, с. 76]. У сучасних законодавствах такий підхід знаходить відображення, наприклад, в абз. 2 ст. 1418 ЦК Квебека, відповідно до якого абсолютно недійсний договір не може бути «зцілений» [115]. В Україні ж на відміну від підстав для «зцілення» недоліку нотаріальної форми, передбачених ч. 2 ст. 220 ЦК України, ч. 2 ст. 218 ЦК України не містить обов'язкової вимоги про наявність домовленості між сторонами щодо всіх істотних умов договору, що повинно підтверджуватись письмовими доказами [69, с. 77]. Зауважимо, що «зціленню» на підставі ч. 2 ст. 218, ч. 2 ст. 220 ЦК України за загальним правилом підлягає лише правочин, який відповідає іншим умовам дійсності, передбаченим ст. 203 ЦК України. В той же час, слід погодитись із Д.О. Тузовим, що вказане правило не поширюється на випадки існування поряд з недоліком форми недоліків, з якими пов'язується оспорюваність правочину, оскільки самі по собі ці недоліки не мають наслідком недійсність, а є лише підставою для оскарження акта (яке в такому випадку може мати місце після його зцілення) [88, с. 322]. Слід вказати також на некоректну редакцію ч. 2 ст. 218 ЦК України в частині положення про те, що для визнання правочину, вчиненого з порушення

письмової форми, дійсним необхідним є «вчинення однією із сторін дії», а також «підтвердження іншою стороною її вчинення, зокрема шляхом прийняття виконання», оскільки відсутня жодна вказівка на характер обов'язкової дії першої із сторін. Крім того, слід звернути увагу на те, що при буквальному тлумаченні ч. 2 ст. 218 ЦК України видно, що застосування конвалідації нікчемного правочину у випадку додержання визначених законом умов є правом, а не обов'язком суду. У той же час, як зазначає науковець Д.О. Тузов, «подібне тлумачення не відповідало б ні дійсному змісту аналізованих положень, що не встановлюють жодних критеріїв для прийняття судом того чи іншого рішення, ні дійсним завданням правосуддя», а тому, «якщо у зацікавленої особи виникло право на конвалідацію нікчемного правочину та дотримані всі умови його реалізації, суд зобов'язаний прийняти позитивне рішення за позовом, і ні про який суддівський розсуд мова йти не може» [88, 329–330].

Підсумовуючи все вищевикладене, робимо висновок, що консенсуальні договори вважаються укладеними і набувають юридичного значення з моменту досягнення згоди відповідно до основних умов договору наприклад договори купівлі-продажу, найму, підряду тощо, і за формою консенсуальні договори можуть бути як усними так і письмовими, в тому числі, які посвідчуються нотаріально. При цьому цілком допустимим з точки зору законодавця є можливим укладення консенсуальних договорів шляхом вчинення конклюдентних дій або шляхом мовчання. Визнання договору нікчемним з порушенням обов'язкової форми не завжди має необоротну дію, якщо надати суду відповідному нікчемному договору юридичної сили з момент у його вчинення за умови дотримання вимог, встановлених ч. 2 ст. 218, ч. 2 ст. 218 ЦК України, та за відсутності інших підстав для його нікчемності.

Отже, консенсуальний договір є договором, який виникає із згоди сторін, не вимагаючи при цьому ніяких формальностей. З історії,

консенсуальний договір охоплював чотири види договорів, це договір купівлі-продажу, договір наму, агентська та партнерська угода. На сьогоднішній день існує низка консенсуальних договорів, це договір оренди, позички, страхування, комісії та інші. Змістом консенсуального договору, є устотні умови встановлені відповідним договором, що укладається сторонами, а також, ті умови, які погодили сторони між собою. Порядок укладання консенсуального договору є важливим інструментом у реалізації волі сторін відповідно до певного виду договору. Договори можуть буди укладені як письмово так і усно, в залежності від бажання осіб які здійснюють угоду, в окремих випадках закон вимагає, щоб договори були укладені в належній формі, а якщо для договору не встановлено певної форми, він буде вважатися таким, що уклався, доти поведінка осіб свідчитиме про їх волю укласти договір. Вивчаючи консенсуальний договір, слід підкреслити, що багато договорів можуть бути як реальними, так і консенсуальними. Наприклад договір дарування, законодавче визначення говорить, що договір може бути укладений в різних формах, проте порядок та наслідки розірвання для договору дарування одні, і не передбачають порядок розірвання, наприклад, консенсуального договору дарування, що на мою думку є некоректним, і значно звужує відповідальність сторін. Тоді як договір комерційної концесії є лише консенсуальним, і це звужує можливість сторін уникати обов'язків за договором, через обрану форму укладання договору. Вважаю необхідним розглянути питання, щодо порядку розірвання договорів, які можуть бути як консенсуальними так і реальними, адже сутність договорів різна, при укладанні консенсуального договору сторонам необхідно дійти згоди, а при укладанні реального договору крім згоди необхідний факт передачі речі, проте це не прописано в законодавстві.

РОЗДІЛ 3

ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛЬНОГО ДОГОВОРУ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

3.1. Розмежування консенсуальних і реальних договорів в цивільному праві

У сучасному світі розвиток різних форм комунікації між людьми в свою чергу висунуло потребу в наданні їм можливості використовувати запропоновані законодавцем правові моделі, або ж застосовувати самостійно створені правові моделі. Раніше, основна маса договорів з'єднувала між собою учасників тодішнього економічного обороту (державні, кооперативні та інші громадські організації), волевиявлення контрагентів у таких договорах складалася під прямим або непрямым впливом від завдань державних органів, що як наслідок спричинило втрату основної ознаки договору, адже він лише умовно міг бути результатом згоди досягнутої контрагентом. З визнанням приватної власності та поступовим отриманням нею головних висот в економіці, запровадженням волі вибору та звуженням державного регулювання до необхідних умов, ЦК України проголошує так звану волю договорів і створює гарантії для її здійснення [95, с. 321]. Таким чином поступово виникає питання актуалізації поділу договорів на види.

Проблемні питання які виникли разом з класифікацією договорів є одними з давніх проблем цивілістики. Класифікації договорів дають можливість розв'язати численні важливі завдання. Чіткий розподіл договорів за певними відмінностями значно полегшує суб'єктам цивільно-правових відносин зробити правильний вибір виду договору, при цьому за різноманітністю видів договорів слід зазначити, незалежно від складу

суб'єктів, змісту, сфери застосування або іншої підстави класифікації зміст договору як цивільно-правового інституту та різновидом цивільно-правового правочину не змінюється. З'ясування сутності консенсуального та реального договору має актуальне практичне значення, адже за консенсуальним договором передання майна здійснюється на стадії виконання договору, тоді як за реальним договором передання майна слід вчинити на стадії укладення договору. Виходить, що настануть різні правові наслідки непередання майна, а тому, вважаємо дану тему актуальною [101]. Виходячі з консенсуальної моделі договору непередання майна слід кваліфікувати як невиконання договору. Правовий наслідок – застосування засобів цивільної відповідальності чи інших способів захисту прав особи, якій майно не передано, за реальної ж моделі непередання майна є наслідком неукладення договору. Якщо договір є неукладений то не може йти мова про встановлення, зміну чи припинення прав та обов'язків його сторін, та про застосування будь-яких засобів захисту в разі непередання майна чи невчинення іншої дії.

У цивільному праві існує низка різних договорів, і для того щоб з такої великої кількості виокремити необхідний договір, цілком логічно що виникає потреба у класифікації договорів. Поділ договорів шляхом розмежування їх на типи, види, підвиди дозволяє більш точно сформулювати необхідні сфери правового регулювання, наприклад передача майна, надання послуг, виконання робіт тощо [47, с. 384]. Генезис поділу договорів виділяє два основні способи, перший – дихотомічний або «поділ надвоє», другий – виокремлюються групи договорів на підставі індивідуалізованих ознак та умов. Давайте поглибимося у сутність цих двох способів.

Відомий науковець М.І. Брагінський зазначає, що саме дихотомія є найбільш повною та значущою для класифікації цивільно-правових договорів. За допомогою дихотомії використовують послідовно визначені критерії, далі їх ділять на дві групи, перша група характеризується наявністю

цієї підстави, а друга – її відсутністю. Такий розподіл може бути застосований до одного і того самого поняття, а також може використовуватись неодноразово, проте за умови, що кожен раз буде використовуватись інша підстава. Так званий «поділ надвоє» ґрунтується на розмежуванні обов'язків між сторонами, наявністю зустрічного задоволення вимоги та моментом виникнення договору [45, с. 384]. Із сутності застосування дихотомії виходить дві сторони: даний розподіл допомагає визначити основні особливості окремих договорів, але одночасно виокремлюються шляхи формування нових договорів. Схожі ознаки поділу цивільно-правових договорів розділяв і В.В. Луць, доктор юридичних наук, професор та заслужений діяч науки і техніки України [67, с. 55]. За правовою метою та порядком розташування договорів у ЦК України він наголошував на таких групах договорів: про передачу майна у власність, повне господарське відання або оперативне управління, наприклад купівля-продаж, поставка, контракція, позика, міна, дарування, постачання енергетичних ресурсів тощо [37, с. 6]; про передачу майна у тимчасове користування (майновий найм, оренда, побутовий підряд, безоплатне користування майном, лізинг і тд.; про виконання робіт (побутовий підряд, підряд на капітальне будівництво, на виконання проектних та розвідувальних робіт, на виконання аудиторських робіт тощо); про передачу результатів творчої діяльності (авторські, ліцензійні договори, договори про передачу науково-технічної продукції тощо); про передачу послуг (доручення, перевезення, страхування, комісії, про посередницькі послуги, довічне утримання, кредитний договір тощо); про спільну діяльність (засновницький договір, договір про науково-технічне співробітництво тощо) [67, с. 39–40].

Прихильником другого способу поділу був радянський та американський юрист, автор багатьох досліджень з цивільного права О.С. Іоффе, який виділяв дев'ять груп договірних зобов'язань. Суть поділу полягає у тому що створюються групи договорів на підставі

індивідуалізованих ознак та умов, тобто відбувається досить широка систематизація договорів, але відсутні структурні зв'язки між ними [94, с.227-81]. Водночас, у більшості підручників до видів договорів відносять і їх характеристики за дихотомічною спрямованістю (односторонні, двосторонні, майнові та організаційні, основні попередні, тощо [94, с. 228–234], односторонні, двосторонні, відплатні та безоплатні, консенсуальні та реальні, на користь кредитора та третіх осіб, тощо [93, с. 610–614]. Або ж односторонні та взаємні, відплатні та безвідплатні, на користь контрагентів і на користь третіх осіб, основні та попередні, взаємопогоджені та приєднання, поіменовані і непоіменовані тощо [93, с. 260–263]. Зрозуміло, що і у першому, і у другому випадку йдеться про види договору, що є неприпустимими, навіть якщо позиції щодо найменувань видів можуть різнитися. Структуру ж ЦК України засновано на простій однорядній класифікації договорів. Усе побудовано таким чином, що не міститься систематизація цивільно-правових договорів, а лише вказується на окремі їх види. Прикладами застосування такої класифікації в ЦК України виступають: ст. 626 ЦК України, де дається поняття односторонніх та двосторонніх, відплатних та безвідплатних договорів, ст. 636 ЦК України, яка виділяє договори на користь третьої особи, а також ст. 633 ЦК України – публічний договір та 634 ЦК України – договір приєднання. Дві останні статті виокремлюють договори з так званим «обмеженням волі».

Отже, підсумовуючи все вищевикладене можна підкреслити, що для побудови класифікації договорів загальноприйнятним є використання юридичних критеріїв — або використання багатоступеневої класифікації. Але, незалежно від обраного критерію, системоутворюючим чинником визнають кінцеву мету договору. Науковці, вказуючи на кінцеву мету договору, використовують власну термінологію. Так, М. В. Гордон та М. І. Брагінський вживають термін «наслідок, для якого укладено договір» [46, с. 399-403]. В. В. Луць тлумачить це як «основний правовий результат (мету)

договору» [67, с. 55-63]. Інші науковці визначають як «спрямованість цивільно-правових зобов'язань» [66, с. 42-43] або ж «спрямованість зобов'язання у розумінні кінцевого економічного та юридичного результату» [67, с. 92].

А тепер перейдемо до розкриття змісту класифікації консенсуальних та реальних договорів, та актуальності їх поділу за даним критерієм. Якщо поглибитися у дослідження трактування терміну консенсуальний договір, то перше що ми знайдемо, це його переклад з латинської мови, що означає consensus – домовленість [66, с. 976]. Як зазначалося у Розділі 2, консенсуальний договір породжує цивільні права та обов'язки з моменту досягнення сторонами так званого консенсусу, тобто домовленості. Для укладення ж реального договору, де з латинської мови дається визначення як res – річ, необхідно не тільки узгодження волі сторін, а й передача речі - об'єкта договору. Поки передача речі не відбудеться, договір не вважається укладеним. Вказівка на те, що договір вважається укладений з моменту передачі речі є лише в статті 1046 ЦК України – щодо договору позики. У ній чітко вказується момент укладеності договору – «з моменту передання грошей або інших речей, визначених родовими ознаками» [95, с. 183]. За аналогією ці положення поширюються також на кредитний договір та договір банківського вкладу. Реальним однозначно називається О. В. Дzeroю ще договір дарування, хоча в нормах, що регулюють договір дарування, не вказується, що договір є укладеним з моменту передачі речі, також реальними, можуть вважатися договір страхування, договір позики, договір банківського вкладу [94, с. 507]. Наслідки визнання договору реальним є суттєвими – укладений договір між сторонами не породжує зобов'язання поки не буде передана річ, тобто кожна із сторін не має ні прав, ні обов'язків, незважаючи на укладений договір [95, с. 39]. З нашої точки зору, необхідно створити вичерпний перелік реальних договорів, який буде чітко встановлюватись та регулюватись законодавством.

Існує колізія, коли говорять, що реальним договором є договір перевезення вантажу. Науковці стверджують, що відбувається передача речі, адже перед цим передує домовленість, проте, наприклад подібний за видом послуги договір пасажирського перевезення уже реальним не вважають, очевидно тому, що пасажир не річ [38, с. 20]. А чи не є надання вантажу для перевезення конклюдентною дією, якщо вважати договір перевезення вантажу реальним договором, тоді відправник вантажу не буде нести ніякої відповідальності у разі, якщо відмовиться надавати вантаж для перевезення, проте цьому наприклад перевізник уже зафрахтував транспорт і буде зазнавати збитків у разі неукладення договору

З визначень даних термінів виникає низка питань, адже виходить що для настання необхідних юридичних наслідків для сторін, необхідно не лише досягнення домовленості, а й передати річ. Необхідна наявність юридичного складу, який складається з таких юридичних фактів як укладання договору та передача речі. Виникає питання, які ж юридичні наслідки домовленості між сторонами, якщо річ так і не була передана? Яке значення має договір, який є лише елементом юридичного складу та сам по собі не породжує зобов'язання, адже якщо така домовленість між сторонами не породжує жодних зобов'язань, то таким чином нівелюється сама суть договору, та порушується основний принцип римського права щодо сили договору – «*pacta sunt servanda*». Науковець М. І. Брагінський з цього приводу зазначає, що договір в подібних випадках є неукладеним [46, с. 315], а тоді договір, як частина юридичного складу, який має бути необхідним для виникнення зобов'язання, немає ніякого значення, і виходить, що договір вважається неукладеним, зобов'язання не виникає та, як приклад, кредитор не може спонукати боржника до передачі речі, хоч насправді договір-домовленість вже існує. Виникає дискусійна ситуація, договір існує, проте він не виконує своїх функціональних обов'язків. Якщо розцінювати передачу майна як вираження волі кредитора, то для чого процес формування волі сторони, яка

передає майно, розбивати на декілька етапів, чому кредитор не може одноразово вирішити чи передає, чи не передає він майно вже на етапі укладення договору. З іншого боку, як розуміти сам факт передачі речі, тобто на яких підставах передається майно, для переходу майна із власності однієї особи у власність іншої повинна бути законна підстава, а в межах даного юридичного складу все навпаки: передача майна відбувається для створення цієї підстави. Якщо вже була передана на укладення договору, то функція договору лише у спонуканні боржника надати зустрічне задоволення, а із договору виходить протилежне: одностороннє зобов'язання лише обов'язок з боку покупця, і право з боку продавця, передача речі вже відбулася до цього, і відбулася вона не в межах виконання договору [46, с. 340]. Таким чином, реальний договір утворюється неповноцінним договором з якого не виникає зобов'язання та неповноцінною передачею майна, яка відбувається без належної юридичної підстави. Згідно ст. 638 ЦК України договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. У ст. 640 ЦК України зазначається: «момент укладення договору», договір є укладеним з моменту одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції. Саме момент прийняття оферти розглядається як юридичний факт, необхідний та достатній для визнання виникнення між сторонами правового зв'язку. Якщо відповідно до акта цивільного законодавства для укладення договору необхідні також передання майна або вчинення іншої дії, договір є укладеним з моменту передання відповідного майна або вчинення певної дії. На практиці реальність чи консенсуальність договору визначає акт цивільного законодавства.

Щодо розмежування реальних та консенсуальних договорів, то багато хто вказує на таку ознаку – якщо у визначенні договору в кодексі вживається слово «передає», то це значить, що договір реальний, а якщо ж застосовується «зобов'язується передати» – тоді консенсуальний. На нашу

думку, таке твердження є досить ненадійним критерієм, особливо враховуючи недосконалість законотворчої техніки та лексики законодавця. Тоді слід розуміти словосполучення «сторона передає» як вже дію в межах самого договору, поясненням того, що ж входить в обов'язки сторони і що є предметом договору, і не є додатковим юридичним фактом, без якого договір вважається укладеним.

Також, хочемо звернути увагу на такий нюанс в кодексі в одному випадку вживається слово «передає», а в іншому – «зобов'язується передати». Виходить, що можна припустити, що законодавець дає вказівку на те, що договір укладається щодо речі, яка передається або зараз, або яка може бути створена чи набута в майбутньому. Наприклад договір довічного утримання однозначно вказує на те, що на момент укладення договору і виникнення зобов'язання майно, наприклад, автомобіль вже існує, а не планується бути створеним у майбутньому, і це є вимогою до укладення цього договору. У той час як за договором купівлі-продажу одна сторона (продавець) передає або зобов'язується передати майно (товар) у власність іншій стороні – тобто предметом договору може бути як річ, що вже перебуває у власності продавця так і річ, яка може бути згодом набута у власність [4]. У деяких випадках законодавець щодо матеріального предмету договору використовує такі словосполучення, як наприклад «довірений» (ст. 909 ЦК України – «довірений багаж»), що створює думку, що цей договір реальний, оскільки багаж уже має бути довірений, тобто річ має бути передана. Проте більше ніяких підтверджень того, що зобов'язання виникає саме з моменту передачі речі немає, і не виключено що вживане словосполучення використане для цієї мети.

Аналізуючи саму суть реального договору, можна стверджувати те, що той факт, що момент укладення реального договору пов'язується з фактом передачі майна – це вже наслідок реальності договору [103]. А от призначення реального договору в іншому. Основною властивістю реального

договору є те, що інша сторона не має права вимагати передачі речі навіть після укладення договору. Таким чином, обов'язок сторони передати річ перетворюється в її право. Виходить, конструкція реального договору спрямована на захист тієї сторони по договору, котра повинна передати річ іншій стороні, так як ця конструкція не дозволяє примусити до виконання в натурі. При цьому слід врахувати, що інша сторона має слабшу позицію і у неї відсутні гарантії виконання домовленості між ними аж до передачі речі. Виходячи із вищевказаного, можна припустити, що реальні договори – односторонні, і, як правило, в них існує обов'язок лише один – повернути річ власнику. А не отримавши, нема чого повертати.

Підсумовуючи вище викладений матеріал, виходить, що більшість договорів є консенсуальними, сама природа договору є більш логічною, доступнішою, навіть в сенсі визнання самого договору як домовленості сторін. Слід підкреслити, що конструкція реального договору менш поширена, але більше як заплутана. Поодинокі випадки конструкцій реальних договорів є необхідними для балансу інтересів сторін, наприклад інтереси так званої слабкої сторони більш повніше захищатимуться за допомогою конструкції саме реального договору. Можна зробити висновки, що:

- існування реального та консенсуального договору має безліч спірних питань необхідних для розкриття і роз'яснення законодавцем;
- не має чіткого переліку, які правочини (договори) є реальними. Якщо зважати на той факт, що лише за договором позики, кредиту та банківського вкладу вказано, що договір є укладеним з моменту передачі майна (грошей), і більше ніде, то чи необхідно робити класифікацію договорів на реальні та консенсуальні, якщо як такого чіткого підтвердження її необхідності у законодавстві не простежується;

- спірне питання виникає і з того боку, що ж робить договір реальним? Сам факт укладання «реального» договору збігається з моментом досягнення домовленості між сторонами, і ці дії вже не роблять договір реальним;
- при укладанні консенсуальних договорів, наприклад зберігання багажу, сам факт передачі речі не є частиною юридичного складу реального договору, а є лише конклюдентною дією, що виражає намір сторони укласти договір.

Отже, вважаємо необхідно переглянути необхідність класифікації договорів на реальні та консенсуальні, а також підтвердити важливість такого поділу, адже на нашу думку, генезис такого поділу говорить про значущість даної класифікації та у необхідності підтвердження її законодавцем. Практична значущість існування реального договору не з'ясована. Необхідно чітко визначити, що вимога про необхідність передачі речі може бути встановлена одразу, під час укладання договору, або ж встановлена як обов'язкова умова договору для забезпечення інтересу набувача, та для підкреслення розмежування реальних та консенсуальних договорів, задля уникнення поглинання важливості одної класифікації на іншу.

3.2. Характеристика окремих видів реальних договорів

Реальним договором являється договір в яких основну роль займає акт передання речі, тобто для виникнення прав і обов'язків за реальним договором недостатньо лише угоди між сторонами. Реальними договорами є договір позики, дарування, перевезення, договір страхування та інші.

Договір страхування є реальним тому що він набуває чинності з моменту внесення першого страхового платежу, якщо інше не передбачено законом. Стаття 1 Закону України «Про страхування» тлумачить поняття страхування як вид цивільно-правових відносин щодо захисту майнових

інтересів фізичних осіб у разі настання певних подій (страхових випадків), визначених договором страхування або чинним законодавством, за рахунок грошових фондів, що формуються шляхом сплати фізичним особам та юридичними особами страхових платежів (страхових внесків, страхових премій) та доходів від розміщення коштів цих фондів [11]. Згідно до ст. 979 ЦК України, за договором страхування одна сторона (страховик) зобов'язується, в разі настання визначеної події (страхового випадку), сплатити другій стороні, (страхувальнику) або іншій особі, визначеній у договорі, грошову суму (страхову виплату), а страхувальник зобов'язується сплачувати страхові платежі та виконувати інші умови договору [98]. Також договір страхування є двостороннім, оплатним і алеаторним, тобто при укладенні договору сторони не можуть чітко визначити межі виконання своїх обов'язків, а втрата чи збагачення однієї із сторін залежать від випадку. Страховику невідомо, чи буде він виконувати свої обов'язки за договором, а також коли саме і в якому обсязі. Так само ризикує і страхувальник, який, сплачуючи внески за договором, не впевнений щодо отримання страхового відшкодування [97, с. 348]. Предметом договору страхування згідно зі ст. 980 ЦК України та ст. 4 Закону України «Про страхування» можуть бути майнові інтереси, які не суперечать закону і пов'язані з:

- 1) життям, здоров'ям, працездатністю та пенсійним забезпеченням (особисте страхування). Згідно із сучасним визначенням страхування життя характеризується як вид особистого страхування, який передбачає обов'язок страховика здійснити виплату відповідно до договору страхування за настання смерті в період дії договору або дожиття застрахованої особи до закінчення договору, а також за настання нещасного випадку або захворювання [82, с. 590].;
- 2) володінням, користуванням і розпорядженням майном (майнове страхування);

3) відшкодуванням шкоди, завданої страхувальником (страхування відповідальності).

Спроба визначення об'єкта договору страхування стосується лише окремих видів договорів та міститься у Типових формах договорів, затверджених Кабінетом Міністрів України. Так, у ст. 5 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» [17] визначено, що об'єктом обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності є майнові інтереси, що не суперечать законодавству України, пов'язані з відшкодуванням особою, цивільно-правова відповідальність якої застрахована, шкоди, заподіяної життю, здоров'ю, майну потерпілих внаслідок експлуатації забезпеченого транспортного засобу. Таке визначення об'єкта майже збігається з визначенням предмета договору страхування у п. 3 ч. 1 ст. 4 Закону України «Про страхування» [93]. Об'єктом страхування, на думку Ю. Б. Фогельсона, є інтерес, причому, якщо об'єктом майнового страхування є майновий інтерес, то об'єктом особистого страхування – інтерес, пов'язаний з можливим заподіянням шкоди особистому нематеріальному благу застрахованої особи. Предметом же договору страхування є зобов'язання страховика виплатити певну грошову суму при настанні визначеної події. Інакше кажучи, предметом договору страхування є грошове зобов'язання [66, с. 121]. Проблема неоднозначного розуміння предмета та об'єкта пов'язана також зі складною юридичною природою договору. Як зазначає О. В. Дзера, договір у цивілістичній науці вживається у кількох правових значеннях: як правочин, як правовідношення, як підстава виникнення зобов'язання, як документ, а інколи – як саме зобов'язання [43, с. 39]. Відповідно до ст. 628 ЦК України зміст договору становлять умови (пункти), визначені на розсуд сторін і погоджені ними, та умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства. Залежно від юридичного значення в змісті слід вирізняти істотні, типові, звичайні та випадкові умови [43, с. 177]. Істотними

умовами договору є умови, без погодження яких договір взагалі не вважається укладеним. Істотні умови договору визначаються в законі, разом з тим ними можуть стати будь-які умови, на погодженні яких наполягає та чи інша сторона [66, с. 5]. Відповідно до ч. 1 ст. 638 ЦК України договір є укладеним, якщо сторони у належній формі досягли згоди з усіх істотних умов. Істотними є умови про предмет і ті умови, які визнані такими за законом або необхідні для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою однієї із сторін має бути досягнуто згоди. Особливістю договору страхування є визначений законом перелік його істотних умов. Так, згідно зі ст. 982 ЦК України істотними умовами договору страхування є: предмет договору страхування, страховий випадок, розмір грошової суми, в межах якої страховик зобов'язаний провести виплату у разі настання страхового випадку (страхова сума), розмір страхового платежу і строки його сплати, строк договору та інші умови, визначені актами цивільного законодавства.

Згідно зі ст. 28 Закону України «Про страхування» дія договору страхування припиняється та втрачає чинність за згодою сторін, а також у разі: закінчення строку дії цього договору; виконання страховиком зобов'язань перед страхувальником у повному обсязі; несплати страхувальником страхових платежів у встановлені договором строки; ліквідації страхувальника-юридичної особи або смерті страхувальника-громадянина чи втрати ним дієздатності, за винятком випадків, передбачених законодавством; ліквідації страховика у порядку, встановленому законодавством України; прийняття судового рішення про визнання договору страхування недійсним; в інших випадках, передбачених законодавством України [11]. Відповідно до ч. 2 ст. 997 ЦК України як страховик, так і страхувальник можуть відмовитися від договору страхування. Так, якщо страхувальник прострочив внесення страхового платежу і не сплатив його протягом десяти робочих днів після пред'явлення

страховиком письмової вимоги про сплату страхового платежу, страховик може відмовитися від договору страхування, якщо інше не встановлено договором. Страхувальник або страховик зобов'язаний повідомити другу сторону про свій намір відмовитися від договору страхування не пізніше як за тридцять днів до припинення договору, якщо інше не встановлено договором [43, с. 351].

Страховик не має права відмовитися від договору особистого страхування без згоди на це страхувальника, який не допускає порушення договору, якщо інше не встановлено договором або законом. Якщо страхувальник відмовився від договору страхування (крім договору страхування життя), страховик повертає йому страхові платежі за період, що залишився до закінчення строку договору, з вирахуванням нормативних витрат на ведення справи, визначених при розрахунку страхового тарифу, та фактично здійснених страховиком страхових виплат. Коли відмова страхувальника від договору обумовлена порушенням умов договору страховиком, страховик повертає страхувальникові сплачені ним страхові платежі повністю. Якщо страховик відмовився від договору страхування (крім договору страхування життя), страховик повертає страхувальникові сплачені ним страхові платежі повністю. Коли відмова страховика від договору обумовлена невиконанням страхувальником умов договору страхування, страховик повертає страхувальникові страхові платежі за період, що залишився до закінчення строку договору, з вирахуванням нормативних витрат на ведення справи, визначених при розрахунку страхового тарифу, та фактично здійснених страхових виплат. Наслідки відмови від договору страхування життя встановлюються законом [43, с. 351].

Договір страхування є самостійним цивільно-правовим договором, який поєднує, як загальні ознаки, властиві будь-якому цивільно-правовому договору про надання послуг, так і особливі (публічність; договір на користь

третьої особи; договір приєднання); по-друге, основним доказом факту укладення договору страхування є страховий поліс. Останній не може визнаватися цінним папером [36, с. 4]. Відповідно до статті 998 ЦК України договір страхування є нікчемним або визнається недійсним у випадках, встановлених цим Кодексом. Договір страхування також визнається судом недійсним, якщо: його укладено після настання страхового випадку; об'єктом договору страхування є майно, яке підлягає конфіскації [4]. На практиці виникають дискусійні ситуації, коли, наприклад, укладається договір обов'язкового страхування цивільної відповідальності власників наземних транспортних засобів, який має термін дії 1 рік, у день дорожньо-транспортній пригоди (далі – ДТП), через три години після його настання. Відповідно до вищезгаданої статті ЦК України є всі підстави визнати в судовому порядку такий договір недійсним. Але відповідно до статті 236 ЦК України нікчемний правочин або правочин, визнаний судом недійсним, є недійсним із моменту його вчинення. Якщо за недійсним правочином права та обов'язки передбачалися лише на майбутнє, можливість настання їх у майбутньому припиняється. А згідно зі статтею 216 Цивільного кодексу України недійсний правочин не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов'язані з його недійсністю [4]. Тобто якщо станеться наступна ДТП через місяць після укладення договору страхування, то за наявності рішення суду про визнання даного договору недійсним особа не зможе скористатися полісом по всіх наступних ДТП (у межах строку дії полісу) [66, с. 66]. Отже, договір страхування є самостійним видом договору. Істотними умовами договору є предмет, страховий випадок, розмір грошової суми, строк, розмір страхового платежу. Договір страхування є важливим договором через те, що він усуває або пом'якшує майнові негативні наслідки впливу непередбачуваних подій.

Прикладом реального договору також є договір перевезення, транспорт є однією з найважливіших галузей суспільного виробництва. В процесі

діяльності транспорту не створюється нова вартість, продукція транспорту це сам процес переміщення вантажу і пасажирів. Транспортну діяльність здійснюють численні підприємства транспорту. Згідно ст. 6 Закону України «Про транспорт» основним напрямом їх господарської діяльності є перевезення вантажів, пошти, пасажирів, багажу, що здійснюються на основі державних контрактів (замовлень), і цивільно-правових договорів [94]. Транспортні підприємства надають також інші послуги, експлуатація та ремонт шляхів, транспортне експедирування тощо. За договором 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 (ст. 909 ЦК). Загальна характеристика договору. Договір перевезення вантажу є двостороннім та відплатним. [43, с. 335]. Істотною умовою договорів перевезення є умова про предмет. Предметом виступають послуги з доставки ввірених перевізникові матеріальних цінностей (вантажів, багажу, пошти) або перевезення пасажирів до пункту призначення (ч. 1 ст. 909, ч. 1 ст. 910 ЦК України). При цьому науковці наголошують, що корисний ефект такої послуги полягає у переміщенні (транспортуванні) матеріальних об'єктів, пасажирів та їхнього багажу у просторі та у наданні інших послуг, пов'язаних з перевезенням, до яких можна віднести такі: переміщення вантажів та багажу без втрат, навантаження-вивантаження, тимчасове зберігання вантажів, здавання вантажів одержувачу та його вивезення та інше [68, с. 14].

Важливою у контексті досліджуваного договору є форма договорів перевезення, яка залежить як від об'єкта перевезення, так і від виду транспорту, яким здійснюється перевезення. Наприклад, форма і порядок укладення договору перевезення вантажів визначені спеціальним законодавством, що для всіх видів транспорту встановлює письмову форму.

Перевезення вантажів оформлюються різними видами документів: вантажними накладними, вантажними квитанціями, дорожніми відомостями і коносаментами [90, 445]. Автори монографічного дослідження «Цивільно-правове регулювання перевезень пасажирів таксі» запропонували договори перевезення, залежно від їх форми, поділяти на такі види [68, 23]: договори перевезення, що укладаються в загальному порядку (наприклад, шляхом придбання проїзного квитка в касі автовокзалу на здійснення перевезення пасажирів за певним маршрутом певним рейсом) та договори перевезення, що оформляються транспортною накладною чи коносаментом (реальні договори перевезення вантажів); договори перевезення, що укладаються шляхом акцепту оферти, що виражений у вигляді конклюдентних дій (прийняття заявки перевізником про надання транспортного засобу для перевезення) [88, с. 119].

Особливу увагу слід звернути на форму другої групи договорів перевезення, оскільки вимоги до змісту та обов'язкових реквізитів таких документів встановлюється відповідно до законодавства. Так, наприклад, стаття 138 Кодексу торговельного мореплавства України [6] закріплює такі реквізити коносаментів: найменування перевізника; місце приймання або навантаження вантажу; найменування відправника; час і місце видачі коносаментів; кількість складених примірників коносаментів; підпис капітана або іншого представника перевізника та інші. Отже, ЦК України регулює основні положення договорів перевезення, а саме: їх особливості, істотні умови, права та обов'язки сторін, відповідальність сторін в разі невиконання чи неналежного виконання умов договорів. Проте особливість договорів перевезення полягає в тому, що їх правове регулювання залежить від об'єкта перевезення, виду транспорту, кількості транспортних організацій та інших ознак [67, с. 32]. У разі порушення зобов'язань, що випливають з договору перевезення вантажу, сторони несуть відповідальність, встановлену за домовленістю між ними, якщо інше не передбачено законом. Цивільний

кодекс визначає лише загальні умови відповідальності перевізника, вантажовідправника і вантажоодержувача за порушення зобов'язань, що впливають з договору перевезення вантажу. Договір перевезення вантажів укладається в письмовій формі (ч. 2 ст. 909 ЦК України) у вигляді накладної (залізничний транспорт); коносамент (морський транспорт), авіаційна вантажна накладна, товарно-транспортна накладна тощо. Детальніше питання відповідальності регулюються транспортними кодексами (статутами). Відповідальність перевізника настає у разі: втрати вантажу, його пошкодження, псування, нестачі вантажу, порушення строків доставки; за невиконання інших обов'язків [43, с. 336].

Договір дарування також є реальним договором, в якому згідно до статті 717 ЦК України одна сторона (дарувальник) передає або зобов'язується передати в майбутньому другій стороні (обдаровуваному) безоплатно майно (дарунок) у власність. Правова природа договору дарування визначена його метою, яка полягає у безоплатному переданні майна у власність іншій особі [95, с. 154]. Договір дарування є реальним (крім такого його виду як договір дарування з обов'язком передати дарунок у майбутньому), оскільки права та обов'язки виникають у сторін з моменту прийняття дарунка обдаровуваним, однак договір дарування може мати ознаки консенсуальності у разі його укладення з обов'язком передати дарунок у майбутньому відповідно до вимог частин 1, 2 ст. 723 ЦК України, які передбачають обов'язкове визначення у договорі предмета дарування та певного строку виконання такого обов'язку або настання відповідної відкладальної умови. ЦК України прямо не передбачає право юридичної особи на укладення договору дарування майна, окрім як його різновиду — пожертви. У такому випадку обов'язково треба звернути увагу на мету діяльності юридичної особи, а також на повноваження керівника [91, с. 59]. Таким чином, консенсуальний договір дарування породжує зобов'язання, за яким дарувальник (боржник) має вчинити певну дію, зокрема передати

майно, а обдаровуваний (кредитор) має право вимагати виконання цього обов'язку. Ознаками договору дарування, спираючись на законодавство можна визнати: безоплатність договору дарування; збільшення майна обдаровуваного; зменшення майна дарувальника; вичерпний перелік способів дарування. Предмет договору дарування складається, виходячи з інтересу сторін, що породжує відповідну домовленість у правочині стосовно певного майна, роботи чи послуги [76, с. 161]. Предмети договору дарування можна поділити на групи: а) безпосередньо вказані у актах цивільного законодавства; б) предмети дарування, які вироблені нотаріальною та іншою практикою; в) предмети, які не передбачені актами цивільного законодавства та законодавства про нотаріальну діяльність, але їм не суперечить. Наразі чинне законодавство передбачає дарунок: у ЦК України та інших актах цивільного законодавства [76, с. 164].

Особливістю суб'єктного складу договору дарування є те, що юридична особа може бути стороною цього договору, якщо це не суперечить установчим документам такої юридичної особи. Майнові відносини, які виникають на підставі договору дарування, мають особливий характер, тому смерть будь-якої сторони за договором припиняє зобов'язання передати річ у дарунок. Однак, смерть дарувальника не припиняє цивільно-правового зобов'язання вчинити певні майнові дії або утриматися від них [95, с. 236]. Юридична природа договору дарування виключає можливість учасникам цивільних відносин укладати такі договори на користь третіх осіб, у зв'язку із чим договір дарування з обов'язком обдаровуваного на користь третьої особи, конструкція якого передбачена положеннями ст. 725 ЦК України, не слід розглядати як договір на користь третьої особи, незважаючи на те, що за наявності підстав, обумовлених положеннями цієї правової норми, такий договір може набувати окремих ознак як договору про виконання третій особі, так і договору на користь третьої особи; як один із засадничих принципів цивільного законодавства України принцип свободи договору є

основним механізмом, який на сьогоднішній день дозволяє учасникам цивільних відносин усунути невизначеності, які можуть стати передумовою для виникнення конфліктних моментів між суб'єктами цієї договірної конструкції щодо правових наслідків відчуження обдаровуваним майна (дарунку), а також знищення такого майна (дарунку) тощо [67, с. 65].

Договір, що встановлює обов'язок обдаровуваного вчинити на користь дарувальника будь-яку дію майнового або немайнового характеру, не є договором дарування (ст. 711 ЦК України). Договір в якому не встановлено імені обдаровуваного, є нікчемним. Істотною умовою договору дарування є умова про предмет (дарунок). Дарунком можуть виступати рухомі речі (в тому числі гроші та цінні папери), нерухомі речі, майнові права, якими дарувальник володіє або які можуть виникнути у нього в майбутньому. Форма договору дарування. Усно укладається договір дарування предметів особистого користування та побутового призначення. У письмовій формі укладається договір дарування майнового права та договір дарування з обов'язком передати дарунок у майбутньому. У разі недодержання письмової форми цей договір є нікчемним. А також договір дарування рухомих речей, які мають особливу цінність, передання такої речі за усним договором є правомірним, якщо суд не встановить, що обдаровуваний заволодів нею незаконно. У письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню договір дарування нерухомої речі, а також договір дарування валютних цінностей на суму, яка перевищує п'ятдесятикратний розмір неоподаткованого мінімуму доходів громадян [43, с. 273].

Право власності обдаровуваного на дарунок виникає з моменту його прийняття. Якщо дарунок направлено обдаровуваному без його попередньої згоди, дарунок є прийнятим, якщо обдаровуваний негайно не заявить про відмову від його прийняття. Прийняття обдаровуваним документів, які посвідчують право власності на річ, інших документів, які посвідчують належність дарувальникові предмета договору, або символів речі (ключів,

макетів тощо) є прийняттям дарунка. До обов'язків дарувальника відносяться такі: якщо дарувальникові відомо про недоліки речі, яка є дарунком, або її особливі властивості, які можуть бути небезпечними для життя, здоров'я, майна обдаровуваного або інших осіб, він зобов'язаний повідомити про них обдаровуваного. Дарувальник, якому було відомо про недоліки або 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 в результаті володіння чи користування дарунком; або якщо договором дарування може бути встановлений обов'язок дарувальника передати дарунок обдаровуваному в майбутньому через певний строк (у певний термін) або у разі настання відкладальної обставини (досягнення повноліття, закінчення вищого навчального закладу, одруження, народження первістка тощо). У разі настання строку, встановленого договором дарування з обов'язком передати дарунок у майбутньому, обдаровуваний має право вимагати від дарувальника передання дарунка або відшкодування його вартості. Якщо до настання строку (терміну) або відкладальної обставини, встановленої договором дарування з обов'язком передати дарунок у майбутньому, дарувальник або обдаровуваний помре, договір дарування припиняється. Одностороння відмова від договору дарування можлива в таких випадках:

- дарувальник, який передав річ підприємству, організації транспорту, зв'язку або іншій особі для вручення її обдаровуваному, має право відмовитися від договору дарування до вручення речі обдаровуваному;
- дарувальник має право відмовитися від передання дарунка у майбутньому, якщо після укладення договору його майновий стан істотно погіршився;
- обдаровуваний має право у будь-який час до прийняття дарунка на підставі до говору дарування відмовитися від нього. Розірвання договору дарування на вимогу дарувальника допускається у таких випадках:

– у разі порушення обдаровуваним обов'язку на користь третьої особи дарувальник має право вимагати розірвання договору і повернення дарунка, а якщо таке повернення неможливе, відшкодування його вартості та в інших випадках передбачених законом. Договір дарування займає значне місце у системі підстав виникнення цивільних прав і обов'язків, належить цивільно-правовому договору, який є основною правовою формою, що опосередковує рух цивільного обороту: переміщення матеріальних цінностей і надання послуг, а також досить важливий інститут цивільного права, який був і є актуальним з позиції його дослідження, розвитку та вдосконалення, оскільки стосується майнових інтересів людини [95[89, с. 157].

Аналізуючи дані судової статистики майже половини всіх судових спорів так чи інакше стосуються неналежного виконання укладених договорів. При цьому успішно виконуються приблизно 10-20% всіх рішень по таким спорам [71]. Розглянемо які проблеми, як наслідок, виникають на практиці у разі реалізації дарувальником свого права на розірвання договору дарування з підстави «якщо обдаровуваний створює загрозу безповоротної втрати дарунка, що має для дарувальника велику немайнову цінність». Перш за все, такий договір дарування речей, які мають для дарувальника велику немайнову цінність, на практиці створює обмеження прав обдаровуваного, оскільки якщо обдаровуваний захоче, наприклад, продати річ, яка має велику немайнову цінність для дарувальника, то не зможе цього зробити, бо проти цього може виступати дарувальник, який матиме право звернутись до суду і вимагати розірвання договору дарування через те, що обдаровуваний вчиняє дії, які можуть призвести до втрати речі (дарунка), яка є великою немайновою цінністю для дарувальника [99, с. 41]. Так, наприклад, у суді розглядалася справа № 466/8860/17 про розірвання договору дарування. 14 листопада 2017 року позивач звернувся до Шевченківського суду м. Львова з позовною заявою, в якій просив розірвати договір дарування квартири. На обґрунтування своїх вимог позивач посилався на те, що «11.11.2016 року між

ним та відповідачем було укладено договір дарування квартири. Позивач зазначив, що на момент пред'явлення позову відповідач, у супереч вимогам ч. 2 ст. 727 ЦК України, порушила умови передання у дар нерухомого майна, а саме своїми діями створює загрозу безповоротної втрати дарунку, що становить для позивача велику немайнову цінність, оскільки ця квартира використовувалась та використовується надалі позивачем як робоче місце для ПП «Експерт Маш», де позивач здійснював та продовжує здійснювати господарську діяльність. Завдяки зусиллям позивача щодо здійснення робочої діяльності за даною адресою було набуто у власність дане нерухоме майно у 2004 році. Спогади та пам'ять щодо робочої діяльності позивача впродовж останніх понад 12 років – у стінах даного приміщення, в якому позивач здобув, забезпечив та укріпив економічне зростання та добробут власної сім'ї, в тому числі відповідачки як доньки [99, с. 42]. Позивач у позовній заяві зазначив, що «майже через рік з моменту укладення договору позивачеві стало відомо, що обдарована особа (відповідач) має намір продати усе подароване нерухоме майно, а кошти від продажу скерувати в невизначеному для дарувальника (позивача) напрямі, попри те, що все це майно набувалося позивачем для забезпечення блага відповідача-доньки» [99, с. 42]. На цій підставі позивач вважав, що «відповідач своїм недбалим ставленням створила реальну загрозу безповоротної втрати квартири». Суд дійшов висновку у своєму рішенні від 14 грудня 2017 року про обґрунтованість позовних вимог позивача і вважав за можливе розірвати укладений між позивачем та відповідачем договір дарування. Звісно ж, дарувальнику не вигідно, щоб така квартира була продана, оскільки виходить, що він втратить своє робоче місце. Тому, на нашу думку, в такому випадку позивач лише формально прикривався тим, що ця квартира становить для нього велику немайнову цінність. А насправді ж квартира мала для позивача майнову цінність, але суд не надав цьому жодного значення. Варто зазначити, що наявні проблеми спричиняє й відсутність законодавчого

визначення, що саме є «великою немайновою цінністю дарунка». Оскільки законодавчо це не визначено, то, звісно, і суди, які розглядають справи про розірвання договору дарування, не мають однозначного розуміння сутності (цінності) такого дарунка для дарувальника та її розмірів [99, с. 42]. Отже, договір дарування за своєю характеристикою є реальним договором. Він є договором, який засновується на взаємній згоді сторін. Сутність договору дарування полягає у згоді обдарованої особи безоплатно прийняти пропонуване майно. На прикладі таких договорів як перевезення, дарування, страхування можемо зробити висновок, що реальним договором, є договір, в якому при угоді сторін необхідне передання речі. Тобто при укладанні реальних договорів ніяких формальностей не потрібно, достатньо угоди сторін і передання речі.

Можна зробити висновок, що більшість договорів є консенсуальними, а конструкція реального договору є менш поширеною. Дуже важливим, на мою думку, є питання, щодо врегулювання обрання сторонами форми консенсуального або реального договору, а також наслідків розірвання договорів які можуть бути як консенсуальними так і реальними. Вважаю необхідним законодавче закріплення істотних умов договорів для подальшої точності та ефективності. Також, вважаю необхідним ввести чіткий перелік договорів які можуть бути реальними та консенсуальними. Наприклад, договір кредиту є укладеним з моменту передачі грошей, проте про це більше ніде не сказано, що ставить під сумнів важливість поділу договорів на реальні та консенсуальні, якщо підтвердження необхідності даної класифікації законодавчо не підтверджується. Реальні та консенсуальні договори є взаємопов'язаними між собою. Реальними договорами є договір позики, страхування, перевезення та інші договори, для яких вчинення фактичних дії є необхідним елементом у визнанні договору дійсним.

ВИСНОВКИ ТА ПРОПОЗИЦІЇ

Здійснивши дослідження консенсуальних та реальних договорів, а також спираючись на матеріал викладений в випускній кваліфікаційній роботі можна зробити наступні висновки:

1. Договір є одним з найдавніших правових конструкцій і як правовий інститут відомий ще на дуже ранніх етапах розвитку суспільства. Договір є результатом досягнення сторонами згоди, може розглядатися у різних значеннях, у приватно-правовому аспекті – як двосторонній правочин та правовідносини, у публічно-правовому – як джерело права, або ж у філософсько-правовому – як універсальний регулятор суспільних відносин. Сам по собі договір має значну історію, і самому терміну «договір» передує таке поняття як «пехит» – зв'язок. З історії він був способом передачі власності та являв собою процедуру підкорення однієї особи владі іншої, а уявлення про договір як джерело права сформувалося в республіканський період на основі законотворчої діяльності грецької культури. Що стосується ж України, то у давньоукраїнському праві договори виступали первинною формою закону.

2. На сьогоднішній день договір виступає угодою між сторонами, які вирішили його укласти. Він є угодою за допомогою якої сторони мають обов'язок виконати певні дії, або не виконати. Дуже важливо, щоб сторони, які укладають договір дійшли згоди щодо всіх умов, для того щоб точно визначити коло прав та обов'язків. Отже, договір ґрунтується на абсолютній домовленості сторін, волевиявленні всіх учасників та спрямованості на встановлення, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків. В загальному, фундаментом договору є його ознаки, які формують все те, що в

сукупності робить його основним інструментом консенсусу обох сторін. Для систематизації цивільних правовідносин, та встановлення більш точних формальностей укладання договору, існує два основні напрями класифікації договорів, ті, які законодавчо закріплені, та окремі суб'єктивні пропозиції науковців, які приймають ту чи іншу класифікацію, або ж навпаки, спростовують.

3. Найпоширенішим варіантом класифікації договорів цивільного права є дихотомічний поділ, сутність якого полягає у тому, що обсяг поділюваного поняття поділяється на два протилежні поняття, одне з яких стверджує певну ознаку, а друге цю ознаку заперечує. Необхідними елементами структури системи договорів є типи, види та підвиди, і дослідженням цього аспекту займалися багато науковців, деякі з них вважають, що розглядаючи договори передбачені у законодавстві як договірні типи, які складають далеко не вичерпний перелік, можуть складатися з поділу договорів на типи, види та різновиди.

4. Важливим елементом в структурі договорів є їх зміст, який являє собою умови, на яких укладається угода, і саме істотні умови договору відображають природу договору, при відсутності будь-якої з них не дає змоги сторонам виконати обов'язки, які покладаються на них за договором. Такими умовами є предмет, ціна, строк та інші. Істотні умови є обов'язковими для досягнення згоди, для того щоб договір вважався укладеним. На мою думку, на сьогоднішній день, договір виступає дуже важливим елементом у житті суспільства, кожен день укладається десятки тисяч договорів, що тільки підкреслює актуальність даної теми. Проте, на мою думку, на сьогоднішній день необхідно приділити більшу увагу тлумачення самого терміну «договір», доповнити його необхідними елементами, сформулювати таким чином, щоб воно містило в собі основні визначально правові категорії, які не мали б можливості для оспорювання, не допускало повтору їх складових елементів.

5. Поділ договорів на реальні та консенсуальні є одним з варіантів багаточисленної класифікації, проте вважаю, якнайповніше розкриває зміст договору, охоплюючи його основну суть, саме тому даній темі була присвячена дана випускна кваліфікаційна робота. Консенсуальним договором, є договір який вважається укладеним лише після того, як сторони дійдуть згоди відповідно до всіх істотних умов договору, і лише після того, як сторони дійдуть згоди, договір вважається дійсним. Здійснення відповідних дій за договором відбувається з метою виконання їх. Консенсуальними договорами є договір міни, дарування, оренди, позички, підряду, комісії, купівлі-продажу, та багато інших, адже основна кількість договорів є консенсуальними, звертаючи увагу на те, що деякі договори можуть бути як консенсуальними так і реальними. Реальним договором є договір, в якому важливу роль відіграє фактична дія, тобто передача речі в майбутньому, окрім, погодження волі сторін. Реальними договорами є договір дарування, позики, перевезення, страхування та інші.

6. Порядок укладання реальних та консенсуальних договорів залежать від специфіки договору який укладається. Не тільки істотні умови, але й порядок укладення та форма є вирішальною для надання відповідного статусу договору – реальний або консенсуальний. Можна сказати, що реальний договір є певною конструкцією, яка включає в себе і консенсуальний договір, проте це не так. Дійсно, ці дві категорії є дуже тісно пов'язаними між собою, проте між ними існують суттєві відмінності. За реальним договором зобов'язання не будуть породжуватися поки не буде передана річ, тобто кожна зі сторін не буде мати ні прав ні обов'язків, незважаючи на укладений договір. За консенсуальним договором, настання прав та обов'язків починається відразу після того, як сторони дійшли згоди щодо умов укладання договору, та підписали договір, якщо цього звичайно вимагає форма правочину.

7. Розмежування реальних та консенсуальних договорів відбувається через детальний аналіз норм передбачених ЦК України і ніяк інакше, що на мою думку, потребує виправлення. Вважається, якщо вживається слово «передає» то договір є реальним, а якщо ж «зобов'язується передати» тоді договір є консенсуальним. На мою думку, таке твердження є досить ненадійним критерієм, особливо враховуючи недосконалість законотворчої техніки та лексики законодавця. Тоді слід розуміти словосполучення «сторона передає» як вже дію в межах самого договору, поясненням того, що ж входить в обов'язки сторони і що є предметом договору, і не є додатковим юридичним фактом, без якого договір вважається неукладеним. Також, необхідно звернути увагу на такий нюанс – в кодексі в одному випадку вживається слово «передає», а в іншому – «зобов'язується передати». Виходить, що можна припустити, що законодавець дає вказівку на те, що договір укладається щодо речі, яка передається або зараз, або яка може бути створена чи набута в майбутньому.

8. При цьому ми можемо зробити наступні висновки, по-перше, класифікація договорів дійсно є необхідним елементом, адже завдяки їй сторони мають змогу більш чітко окреслити обсяг прав та обов'язків. На жаль, чіткого переліку, реальних та консенсуальних договорів в законодавстві не має, проте це могло б значно розширити коло застосування деяких договорів, а також вплинути на більш конкретне виконання сторонами умов договору, виключаючи можливість використання прогалин в законодавстві. По-друге, розмежування консенсуальних та реальних договорів не точне, потрібно чітко визначити, що вимога про необхідність передачі речі може бути встановлена одразу, під час укладання договору, або ж встановлена як обов'язкова умова договору для забезпечення інтересу набувача, та для підкреслення розмежування реальних та консенсуальних договорів, задля уникнення поглинання важливості одної класифікації на іншу.

З метою удосконалення чинного законодавства України, та врегулювання договірних взаємовідносин між сторонами, які приймають, та зобов'язуються виконувати умови договору пропонується внести наступні **зміни та доповнення** до деяких законодавчих актів України, а саме:

- ввести законодавче розмежування консенсуальних та реальних договорів, для того, щоб виключити можливість уникнення відповідальності за зобов'язанням по конкретному договору, а також, для того, щоб допомогти більш чіткому та повному окресленню колу прав та обов'язків сторін. Дана дія значно зменшить кількість спірних питань у договорах. Наприклад, у статті 744 ЦК України вказується що «За договором довічного утримання (догляду) одна сторона (відчужувач) передає другій стороні (набувачеві) у власність...», таким чином, вважаю необхідним підтвердити словесну формулу «передає» як слово, яке дає зрозуміти, що договір є реальним, таким чином виключити будь-які суперечності та сумніви та упорядкувати природу не тільки договору довічного утримання, а й інших договорів.

- доповнити частину другу статті 640 Цивільного кодексу України: «якщо відповідно до акта цивільного законодавства для укладення договору необхідні також передання майна або вчинення іншої дії, договір є укладеним з моменту передання відповідного майна, вчинення певної дії або коли сторони дійшли згоди, відповідно до всіх істотних умов договору», таким чином підтвердивши та розмежувавши консенсуальні та реальні договори;

- чітко зазначити мету договору перевезення. Виходячи з статті 307 ГК України, договір перевезення вважається реальним в тій частині, де вказується «зобов'язується доставити», проте якщо вивчити даний вид договору, головною метою договору є не послуга перевезення вантажу, й одержання винагороди перевізником, а в отриманні речі, що формулює договір вже як консенсуальний;

– врегулювати договір купівлі-продажу укладений на відстані. Цивільне право описує процес укладення договору такими поняттями: оферта й акцепт. Саме в момент акцепту покупцем оферти продавця згідно до ч. 1 ст. 638 ЦК України договір слід вважати укладеним, що класифікує договір як консенсуальним, проте не є врегульованим питання попередньої оплати, адже відповідно до акта цивільного законодавства договір є укладеним з моменту передання майна або вчинення певної дії відповідно до ч. 2 ст. 640 ЦК України, що вже робить договір купівлі-продажу укладений на відстані реальним;

– усунути колізію, щодо виникнення цивільно-правових зобов'язань за договором позики, застосовуючи правило співвідношення загальних і спеціальних норм цивільного законодавства, виходить, що правові норми про позику підлягають пріоритетному застосуванню порівняно з нормами, які містять загальні положення про цивільно-правові зобов'язання, адже приписи ч.4 ст.639 ЦК України щодо форми договору не є домінуючими і такими, що мають вищу силу, ніж норми ч.2 ст.640 та ст.1046 ЦК України стосовно моменту укладення договору позики, що знову плутає реальний та консенсуальний договір, і як наслідок маємо багато спірних питань.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua>
2. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року №995_003.
3. Принципи міжнародних комерційних договорів (принципи УНІДРУА (UNIDROIT) від 01.01.1994. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_920
4. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. (зі змінами і доповненнями) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua>
5. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. (зі змінами і доповненнями) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua>
6. Кодекс торговельного мореплавства України від 23 травня 1995 р. (зі змінами і доповненнями) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/176/95-%D0%B2%D1%80>
7. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. (зі змінами і доповненнями) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>
8. Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р. (зі змінами і доповненнями) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2768-14>

9. Про товарну біржу: Закон України від 10 грудня 1991 № 1956-XII (зі змінами і доповненнями) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1956-12> (дата звернення 26.08.2018).
10. Про порядок виділення в натурі (на місцевості) земельних ділянок власникам земельних часток (паїв): Закон України від 05.06.2003 № 899-IV (зі змінами і доповненнями) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/899-15> (дата звернення 26.08.2018).
11. Про страхування: Закон України від 07.03.1996 р. № 85/96 (зі змінами і доповненнями) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/85/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 26.08.2018).
12. Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів: Закон України від 1 липня 2004 р. № 1961-IV (зі змінами і доповненнями) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1961-15>.
13. Про нотаріат: Закон України від 02.09.1993 № 3425-XII (зі змінами і доповненнями) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12> (дата звернення 28.08.2018).
14. Про фінансовий лізинг: Закон України від 16.12.1997 № 723/97 XII (зі змінами і доповненнями) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/723/97-вр> (дата звернення 28.08.2018).
15. Про оренду державного та комунального майна: Закон України від 10.04.1992 № 2269-XII (зі змінами і доповненнями) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2269-12> (дата звернення: 28.08. 2018).

16. Про іпотеку: Закон України від 05.06.2003 № 898-IV (зі змінами і доповненнями) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/898-15> (дата звернення: 28.08. 2018).
17. Про транспорт: Закон України від 10.11.1994 № 232/94 (зі змінами і доповненнями) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/232/94-вр> (дата звернення: 30.08.2018).
18. Про охорону прав на винаходи і корисні моделі: Закон України від 15.12.1993 № 3687-XII (зі змінами і доповненнями) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3687-12>.
19. Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23.12.1993 № 3792-XII (зі змінами і доповненнями) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12>
20. Про визнання правочину недійсним, витребування майна з чужого незаконного володіння та визнання права власності: Постанова Верховного Суду України від 12.07.2018 № 372 (зі змінами і доповненнями) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VS181239.html (дата звернення: 28.08.2018).
21. Про затвердження Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України від 03.03.2004 № 283/8882 (зі змінами і доповненнями) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12> (дата звернення: 30.08.2018).
22. Про порядок посвідчення заповітів і доручень, прирівнюваних до нотаріально посвідчених: Закон України від 15.06.1994 №419-94-п / Кабінет Міністрів України (зі змінами і доповненнями) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/419-94-%D0%BF>

23. Про затвердження Типового договору про реструктуризацію заборгованості за спожитий природний газ: Постанова Кабінету Міністрів України від 29 березня 2017 року № 222 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/222-2017-%D0%BF>
24. Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними: Постанова Пленуму Верховного суду України від 06 листопада 2009 року №9 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-09> (дата звернення: 09.09.2018).
25. Про визнання недійсним договору дарування: Постанова Верховного Суду України від 01.08.2018 № 445/1011/17,61-971св18 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VS181637.html (дата звернення: 18.08. 2018).
26. Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними: Постанова Вищого господарського суду України від 29.05.2013 №11 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0011600-13> (дата звернення: 11.09.2018).
27. Про визнання договору позики недійсним: Постанова Верховного Суду України від 16 січня 2018 року № 910/23149/16 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://nabu.ua/ru/praktika-vsu-vishchih-kasatsiynih-24.html> (дата звернення: 11.09.2018).
28. Про визнання недійсним договору оренди: Постанова Вищого господарського суду України від 10.02.2009 у справі №10/33/08 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_2119444.html

29. Про визнання протиправними та скасування податкових повідомлень – рішень: Постанова Верховного Суду України 16.01.2018 № 2а-7075/12/2670 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://taxlink.ua/ua/court/postanova-verkhovnoho-sudu-vid-16-01-2018-u-spravi-2a-7075-12-2670/> (дата звернення: 26.09.2018).
30. Постанова судових палат у цивільних та господарських справах: Верховний Суд України від 21 січня 2015 р. у справі № 6-197цс14 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/8546CC1D69802E7CC2257DDA002C2E6C](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/8546CC1D69802E7CC2257DDA002C2E6C) (дата звернення 01.08.2018).
31. Про розірвання договору купівлі-продажу та стягнення коштів: Постанова Верховного Суду України від 10.10.2018 № 362/2159/15-ц,6128712св18//[Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VS181882.html (дата звернення: 18.10.2018).
32. Про розірвання договору найму житла, стягнення заборгованості за житлово-комунальні послуги та проживання, виселення з гуртожитку без надання іншого житлового приміщення: Постанова Верховного Суду України від 26.06.2018 № 493/1942/15-ц,61-4203св18 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VS181544.html (дата звернення: 26.08.2018).
33. Про розірвання договору довічного утримання: Постанова Верховного Суду України від 28.02.2018 № 646/113/15-ц,61-25св18 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VS180621.html (дата звернення: 29.08.2018).
34. Про тлумачення умов договору: Постанова Верховного Суду України від 06.02.2018 № 403/1329/16,61-1339св18. // [Електронний ресурс]. –

Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VS180381.html
(дата звернення: 09.09.2018).

35. Алексашина Ю. Б. Види цивільно-правових договорів як регуляторів цивільних правовідносин. // КНУ ім. Тараса Шевченка. / Юридична Україна. – 2012. – №12. – С. 68–74.
36. Амеліна А.С. Поняття та ознаки страхового договору // Електронне наукове фахове видання з юридичних наук "Правова просвіта". – №12. – 2017. – С 5.
37. Бабаскін А. Співвідношення кредитного договору та договору позики у Цивільному законодавстві України. Цивільне право процес. – 2017. – №12. – С. 5 – 8.
38. Барон Ю. Система римського громадянського права: в 6 кн. : пер. с нем. Ю. Барон. – Юрид. центр Пресс, 2005. – 1100 с.
39. Бахаєва А. С. Воля та волевиявлення під час укладання правочинів // Актуальні проблеми сучасної науки в дослідженнях молодих учених: матеріали наук. конф. (Харків, 17 травня 2017 р.). –Х.: ХНУВС, 2017. – С.17–22.
40. Бесянєвич О. А. Господарський договір та способи його укладання. Навч. посібник. – Київ. – 2002. – 279 с.
41. Бервено С.М. Проблеми договірного права України: Монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 392 с.
42. Білоус Ж.А. Дійсність господарських договорів: дис. канд. юрид. наук: 12.00.04. – Київ, 2005. – С. 153.
43. Боднар Т.В., Дзера О.В., Кузнєцова Н. С. та ін. Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб. / за ред. О. В. Дзери. –Київ – 2008. –896 с.
44. Бородовський С. О. Визнання правочину недійсним: компетенція суду. Часопис цивільного і кримінального права. – 2016. – № 1. – С. 131–

148. // [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chcks_2016_1_10 (дата звернення: 18.08.2018).
45. Бородовський С. О. Укладення, зміна та розірвання договору у цивільному праві України [Текст]: автореф. дис. на здоб. наук. ступеня канд. юрид. наук.: 12.00.04 / С.О. Бородовський. – Харків. – 2005. – 20 с.
46. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая // Статут. – М. – 2001. – 682 с.
47. Важенчук С.Я. Деякі теоретико-практичні питання класифікації цивільно-правових договорів. // Адвокат. –К.: 2009. – № 10. // [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.google.com.ua/url?url=http://irbisnbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe%3FC21COM%3D2%26I21DBN%3DUJRN%26P21DBN%3DUJRN%26IMAGE_FILE_DOWNLOAD%3D1%26Image_file_name%3DPDF/adv_2009_10_1.pdf (дата звернення 15.02.2018).
48. Галаганов В.О. Актуальні проблеми та перспективи розвитку страхування життя в Україні: наук.стаття // Економіка і суспільство. №10. – 2017. – С. 589-597.
49. Гетьман А.П., Борисова В.І. Договір як універсальна правова конструкція: монографія // Право. – Харків. – 2012. – 432 с.
50. Голина Е. Теоретические основы проведения систематизации договоров об оказании услуг в хозяйственном праве. // Национальный юридический журнал: Теория и практика. – 2014. – С.162-165.
51. Гончаренко В. О. Договір дарування у цивільному праві України. // Молодий вчений. – № 6. – 2016. – С. 233 – 237.
52. Гончарук Т. В. Правова природа договору дарування: тези до наукової конференції. – С.154-157. // [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://dspace.univer.kharkov.ua/bitstream/123456789/1247/2/%D0%93%D0>

- %BE%D0%BD%D1%87%D0%B0%D1%80%D1%83%D0%BA%20154-157.pdf
53. Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона): пер. с франц. В. Захватаев. - Киев. Алерта, 2016. - 1156 с.
 54. Гришко У. Договір перевезення вантажу автомобільним транспортом: особливості й істотні умови: наук. стаття // Національний юридичний журнал: теорія та практика. - №27(1). – 2018. С. 118-121.
 55. Дзюбенко О. Л. Особливості правового регулювання договорів перевезення. // Адвокат. – №11 (146) – 2012. – С. 31–34.
 56. Зазуляк І. І. Істотні умови договору: теоретичний аспект: Автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 / І. І. Зазуляк // НДІ приватного права і підприємництва АПрН України. – Київ, 2009. – 17 с.
 57. Зозуляк О. І. Сучасний стан розвитку договірної права України: окремі аспекти. Проблеми цивільного права та процесу: матеріали наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті проф. О.А. Пушкіна / Харків 25 травня 2018 р.. / Харків: ХНУВС, 2018. – С. 85–87.
 58. Иоффе О. С. Избранные труды: в 4 т. Т. III. Обязательственное право. – СПб.// «Юридический центр Пресс», 2004. – 837 с.
 59. Калюжний Р. А., Вовк В. М. Римське приватне право. // Підручник. – К: МП Леся, 2014. – 240 с.
 60. Кісель В. Вплив класичних теорій на сучасне розуміння сутності договору // Підприємство, господарство і право. –2017. –№ 6. – С. 41–45.
 61. Кузьмич О. Проблеми правового регулювання договору дарування з обов'язком обдаровуваного на користь третьої особи. // Юридична Україна. – 2011. – №8. – С. 61 – 65.
 62. Кучма О.Л. Недійсність договорів страхування: Проблеми практики застосування. // Науковий вісник Херсонського державного університету. Випуск 4. Том 1. –2017. – С. 66–67.

63. Луць В. До питання про сутність і зміст цивільно-правового договору. // Приватне право. – 2013. – № 1. – С. 118–128.
64. Луць В.В. Контракти у підприємницькій діяльності: навч. посібник // Юрінком Інтер. – Київ 2008. – 572 с.
65. Мазур О. С. Цивільне право України: навч. посібник. Київ. – 2006. – С.382.
66. Макарчик В. С. Основи римського приватного права: навч. посіб. 2-ге вид., допов.// – Київ: Атіка, 2003. – С. 184–186.
67. Матвеева Л. Г. Транзитивність у правовій сфері: монографія // Юрінком Інтер. – Київ. – 2015. – 328 с.
68. Міловська Н.В. Предмет як істотна умова договорів страхування. // Питання розвитку договірних відносин: наук. стаття. – С. 119–122.
69. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / за ред. В. М. Коссака. – Київ. – 2004. –976 с.
70. Нечипуренко О.М., Резніченко С.В., Самойленко Г.В.. Цивільно-правове регулювання перевезень пасажирів таксі: Монографія. – Одеса. – 2010. – 188 с.
71. Нижній А. В. Конвалідація нікчемних цивільно-правових договорів, укладення з порушенням обов'язкової форми. // Вісник Запорізького національного університету. – 2010. – № 4. – С. 75-79. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.law.journalsofznu.zp.ua/visnik-4-2010/2182-nizhnij-a-v-konvalidatsiya-nikchemnikh-tsivilno-pravovikh-dogovoriv-ukladenikh-z-porushennyam-obov-yazkovoji-formi> (дата звернення: 20.08.2018).
72. Нижній А.В. Форма цивільно-правового договору у цивільному праві інститут держави і права. // Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – 2008. – С. 145–150.
73. Новинський О. Договірне право – думки в голос: стаття. – 2017. – [Електронний ресурс] – Режим доступу :

<https://blog.liga.net/user/onovinskiy/article/27300>

(дата звернення:

12.10.2018).

74. Озернюк Г.В. Система цивільно – правових договорів за законодавством України і зарубіжних країн. // Науковий вісник міжнародного гуманітарного університету. – 2011. – №1. – С.91 – 95.
75. Олюха В. Г. Цивільно-правовий договір: поняття, функції та система: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук. : 12.00.03. В. Г. Олюха. – Київ. – 2003. – 175 с.
76. Пастернак В. М. Форма правочину - невід’ємна частина його дійсності. // Часопис Київського університету права. – 2013. – № 2. – С. 215–218.[Електронний ресурс] – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chkup_2013_2_52 (дата звернення: 18.08.2018).
77. Паєнок А. Характеристика особливостей предмета договору роздрібної купівлі-продажу як однієї з його істотних умов: наук.стаття // Підприємництво, господарство і право. - №2. – 2017. С. 40–45.
78. Погрібний С.О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: автореф. дис.докт. юрид. наук. – Київ. – 2009. – 36 с.
79. Почтарьов С. О. Предмет договору дарування. // Наше право. – №2. – 2013. – С.161–167.
80. Резніченко С.В. Еволюція договору як наслідок зміни суспільних відносин. // Вісник ОНУ ім. І. І. Мечникова. – 2016. – №1. – С. 38–45
81. Романюк Я. М. Невизначеність умов договору як підстава для його тлумачення. // Підприємництво, господарство і право. – 2016. – №12. – С. 36–41.
82. Синегубов О. В. Підстави конвалідації правочину. Проблеми цивільного права та процесу: матеріали наук. конф., присвяч. пам’яті

- проф. О.А. Пушкіна (Харків 19-20 травня 2017 р.). – Харків: ХНУВС, 2017. – С. 47–50.
83. Смаглова М.В. Підстави та правові наслідки зміни умов договору. Актуальні проблеми сучасної науки і правоохоронної діяльності: матеріали наук.-практ. конф. (Харків, 17 травня 2018 р.). – Харків: ХНУВС, 2018. – С. 73–75.
84. Стрибко Т.І. Нормативно-правовий договір – специфічний регулятор суспільних відносин. // Науковий вісник Херсонського державного університету. – 2014. – Вип. 4. Том 1. – С. 82–91.
85. Стражник Т. Договір пожертви: спільні риси та відмінності від договору дарування: стаття / Мала енциклопедія нотаріуса. - № 3.- 2017. – С. 59 – 71.
86. Сулім Т.А. Консенсуальний договір в господарських правовідносинах: поняття та нормативне забезпечення. / Полтавський національний педагогічний університет ім. В. Г. Короленка. – 2014. – С. 138-141.
87. Ткалич М. С. Поняття та юридична характеристика договору ренти за цивільним правом України // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 5. – С. 38–40.
88. Тузов Д.О. Теория недействительности сделок: опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. М. – 2007.–602с.
89. Фуллер Лон Л. Мораль права: пер. с англ. Н. Комарова // Сфера. – Київ. – 1999. – 232 с.
90. Харитонов Є. О. Цивільне право України: навч. посіб. 3-є вид., переробл. та допов. / За ред. Є. О. Харитонов, А. І. Дрішлюк, О. М. Калітенко. – Харків. – 2005. – 576 с.
91. Харитонов Є. О., Харитонova О.І., Старцев О.В. Цивільне право України: навч. посіб. 3-є вид., переробл. // К.: Істина, 2011. – 808 с.

92. Цвік М.В., Петришин О.В., Авраменко Л.В. та ін. Загальна теорія держави і права: за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина //Право. – Харків. – 2011. – 583 с.
93. Цивільне право України : навч. посіб. / Білоусов Ю.В., Ватрас В.А. , Гринько С.Д. та ін.; за ред. Стефанчука Р.О. К.: Правова єдність, 2009. – 536 с.
94. Цивільне право України. Загальна частина : Підручник / Фазикош В.С., Булеца С.Б., Олійник Р.Б.та ін.; за ред. Булеци С.Б. – К.:Знання. – 2010. – 631 с.
95. Цивільне право України. Особлива частина : підручник / за ред.. Дзери О.В., Кузнецової Н.С., Майданика Р.А. – 3-тє вид. перероб і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 1176 с.
96. Цивільне право України. Особлива частина URL: https://pidruchniki.com/1058042049747/pravo/zmist_tlumachennya_dogovoru (дата звернення: 19.07.2018).
97. Цивільне право України: навч. посібник. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. – 486 с.
98. Цивільний кодекс України: коментар; за заг. ред. Є.О. Харитонова, О.М. Калітенко. Одеса, 2004. – 1080 с.
99. Шаповал Л., Устименко Т. Особливості тлумачення «Великої немайнової цінності» дарунка. – №2. – 2018. – С. 40 – 43.
100. Шевченко О.О., Вовк О.Й., Капелюшний В.П., Шевченко М.О. Історія українського права : навч.посібник / за ред. О.О. Шевченка. – К.: Олан, 2001. – 214 с.
101. Шишка Р.Б. Характеристика договорів. // Юридичний вісник. – № 4. – 2013. [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.law.nau.edu.ua/images/Nauka/Naukovij_jurnal/2013/statji_n4_29_2013/Shishka_121.pdf (дата звернення 15.02.2018).

102. Юридична енциклопедія: в 6т. / за ред. Ю.С. Шемшученка. // «Укр. Енциклопедія» ім. М. П. Бажана. – Київ: «Укр. Енциклопедія» ім. М. П. Бажана, 1999. – Т. 2. – 784 с.
103. Яворська О.С. Реальні договори в цивільному праві України. Актуальні проблеми держави та права. – 2013. [Електронний ресурс] – Режим доступ: <http://www.apdr.in.ua/v70/25.pdf> (дата звернення 15. 02. 2018).