

Лекція 2

Тема. Основні категорії та інститути приватного права

1. Правочин як категорія приватного права.
2. Договір у приватно-правових відносинах.
3. Теорії права власності.
4. Теорії зобов'язального права.
5. Теорія деліктів в приватному праві.
6. Вчення про захист цивільних прав.

Література:

1. Конституція України. Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141 (із змінами і доповненнями).
2. Цивільний кодекс України : від 16 січня 2003 року. *Голос України*. 2003. № 47–48 (із змінами і доповненнями).
3. Господарський кодекс України : від 16 січня 2003 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18. Ст. 144 (із змінами і доповненнями).
4. Про нотаріат : Закон України : від 2 вересня 1993 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 39. Ст. 383 (із змінами і доповненнями).
5. Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затверджена наказом Міністерства юстиції України : від 3 березня 2004 р. *Офіційний вісник України*. 2004. № 15 (із змінами і доповненнями)
6. Про судову практику в справах про визнання угод недійсними : Постанова Пленуму Верховного Суду України : від 28 квітня 1978 р. *Збірник Постанов Пленуму Верховного Суду України (1963–1995)*. Київ, 1996. № 3.

Список рекомендованих джерел

1. Аномалії в цивільному праві України : навч.-практ. посібник / відп. ред. Р. А. Майданик. Київ : Юстиніан, 2007. 912 с.
2. Безклубий І. А. Банківські правочини: цивільно-правові проблеми : монографія / І. А. Безклубий. Київ, 2005. 378 с.
3. Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві / Т. В. Боднар. Київ : Юрінком Інтер, 2005.
4. Жеков В. І. Правочини, які порушують публічний порядок за цивільним законодавством України : автореферат. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук / В. І. Жеков. Одеса, 2006. 20 с.
5. Жеков В. І. Правочини, що порушують публічний порядок: до характеристики складу / В. І. Жеков. *Науковий часопис «Університетські наукові записки»*. 2005. № 3. С. 129–132.
7. Кізлова О. Поняття застави у проекті Цивільного кодексу України / О. Кізлова. *Українське право*. 1997. № 3. С. 150–151.

9. Кучер В. Особливості визначення правочину таким, що порушує публічний порядок. *Право України*. 2003. № 12. С. 106-110.
10. Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук / А. В. Луць. К., 2001.
11. Луць В. Кодифікація договірного права. *Українське право*. 1997. № 3. С. 142–143.
12. Мічурін Є. О. Правочини з житлом. Науково-практичне видання. Харків : СТРАЙД, 2003.
13. Онгензихт В. Л. Воля и волеизъявление. Душанбе, 1983.
14. Отрадна О. О. Поняття і функції неустойки: історія та сучасність. *Право України*. 2001. № 8. С. 110–113.
15. Первомайський О. О. Окремі питання участі територіальних громад у цивільних правовідносинах. *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права*. 2002. № 2. С. 69-71.
16. Погрібний Д. І. Корпоративні права держави: поняття, підстави виникнення, механізм реалізації. Харків : Видавництво «ФІНН», 2009. 168 с.
17. Фролов В. Д. Цивільний кодекс України: Правові наслідки укладення юридичною особою правочину, якого вона не мала права вчиняти. *Вісник господарського судочинства*. 2003. № 4. С. 168-188.
18. Хатнюк Н. Умови дійсності угод. *Держава і право*. Київ, 2001. Вип. 11. С. 283–289.
19. Хатнюк Н. Юридична природа фіктивних та удаваних правочинів. *Право України*. 2004. № 4. С. 37-41.
20. Харитонов Є. Деякі зауваження щодо системи договірного права у проекті Цивільного кодексу України. *Українське право*. 1997. № 3. С. 144–145.

1. Ясечко С.В. визначила, що увага до поняття «правочин» з боку правознавців простежується на всіх етапах розвитку цивілістичної думки. Про це свідчить історія розвитку цивільного (приватного) права в різних європейських державах. З дослідженнями проблем правочину (угоди) пов'язують такі відомі у вітчизняній та світовій цивілістиці імена, як Р. Зом, Ф.-К. фон Савіньї, Д. Д. Гримм, Н. Л. Дювернуа, Д. І. Мейер, И. О. Покровський, І. С. Перетерський, В. П. Шахматов, Г. Ф. Шершеневич, М. М. Агарков, Є. В. Васьковський, І. Б. Новицький, О. О. Красавчиков, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова, Р. А. Майданик, З. В. Ромовська. Численні праці сучасних молодих учених присвячено аналізу окремих видів правочинів, однак чимало питань у теорії щодо правочину залишаються недослідженими. У цій роботі ми розглянемо тенденції розвитку вчень про правочини¹.

Правочини є однією з базових категорій цивільного права, оскільки обслуговують усі сфери цивільного обороту та поширені практично в усіх підгалузях цивільного права. Це пов'язано з тим, що вони є серед головних

¹ Ясечко С. В. Генеза поняття «правочин» у цивільному праві. *Університетські наукові записки*. 2014. № 4. С. 80-87

юридичних засобів установлення та визначення змісту правових зв'язків між учасниками цивільних правовідносин, засобом, з яким пов'язується динаміка цивільних правовідносин. Саме вони допомагають цивільному праву проявити себе як приватне право, де регулювання має децентралізований характер.

Наведене означає, що правочин як юридична категорія має особливу значущість для цивільного права. Візьмемо на себе сміливість стверджувати, що категорія “правочин” взагалі є центральною категорією науки цивільного права: через правочин можуть бути пояснені будь-які цивільно-правові феномени, інститути та конструкції і все цивільне право в цілому.

Якщо розглядати історичний аспект походження поняття «правочин», то воно відіграло важливе значення в юриспруденції ще за часів Римської імперії. Загального поняття правочину в римському праві вироблено не було, що є цілком природним з огляду на його казуїстичність². Проте існували певні види договорів. Разом із тим, римські юристи користувалися терміном “*negotium*”, що перекладається як “правочин”, хоча і не є рівнозначним сучасному значенню цього слова в юридичній термінології. Римські юристи вживали термін *negotium* у різних значеннях.

Латинський термін *negotium* (заняття, справа, діяльність, особливо комерційна) - це загальне поняття, що охоплює, насамперед, дозволені відплатні конкретні юридичні дії будь-якого роду, а в подальшому — і процесуальні засоби.

Проте *negotium* не було лише технічним поняттям для загальноприйнятого абстрактного поняття юридичної дії. Про будь-яку справу римляни могли сказати: *in ipso negotio* (у ході справи, у процесі). Тим самим у Стародавньому Римі поняття *negotium* об'єднувало досить широкий спектр юридичних дій, що породжували певні правові наслідки для їх учасників³.

Наближеним до *negotium* є латинське *contractus* — дозволена угода, що визнана цивільним правом як підстава зобов'язальних відносин між сторонами. Проте правова конструкція *contractus* вужча за *negotium*. Для *contractus* характерним є як об'єктивний елемент (*causa*), тобто дозволена правом економічна мета, яку переслідують сторони, так і суб'єктивний елемент (*conventio, consensus, pactio*), взаємний та узгоджений прояв волі сторін щодо однієї і тієї самої мети. Але і в цьому випадку дія є необхідним елементом.

І. Б. Новицький зазначав, що римські юристи використовували особливий термін *negotium*, розуміючи під останнім не тільки справу взагалі, але й відплатний правочин, що протиставлявся даруванню. Саме про правочини (а не про контракти) йшла мова, як про такі, що можуть бути *nullum* (неукладеними), *nullius* (нікчемними), *dissolvere* (розірваними),

² Харитонов, С. О. Історія приватного (цивільного) права Європи. Витоки [Текст] / С. О. Харитонов. Одеса : Бахва, 1999. 292 с. С. 164.

³ Безклубий, І. А. Теоретичні засади формування правочину. *Юридичний вісник. Повітряне і космічне право*. 2008. № 4. С. 29-34

distrahere (позбавленими юридичної сили).

У німецькому праві поняття правочину розвивалось паралельно з розвитком поняття юридичного факту. Німецький юрист А. Манигк стверджував, що поняття «юридичний факт» уперше запровадив В. Савіньї. Відштовхуючись від визначення юридичних фактів як обставин, які тягнуть за собою виникнення та припинення юридичних відносин як обставин реальної дійсності, за посередництва яких відбувається відома зміна в юридичних відносинах певних осіб, основоположник сучасної пандектної та й, по суті, всієї сучасної континентальної цивілістики поділяв такі дії на вільні дії зацікавлених осіб і випадкові обставини. Серед вільних дій учений виділяв такі, в яких воля особи, яка їх чинить, безпосередньо спрямована на виникнення або припинення юридичних відносин. Цей різновид вільних дій Ф.-К. фон Савіньї і назвав волевиявленнями, або правочинами (юридичними угодами).

Б. Віндшейд зазначає, що юридичними фактами є правочин, судові рішення або будь-який інший факт, з яким право пов'язує такий результат.

Р. Зом писав, що правочин є найкращим засобом ведення справ, у якому здійснюється правоздатність особи в галузі приватного права. Правочиною є волевиявлення приватної особи, спрямоване на досягнення правового ефекту, що відповідає волі такої особи.

Г. Дернбург розглядав правочин як одну з основних підстав виникнення зобов'язань.

Так, у німецькому праві вчені у загальному вигляді розглядали правочин як вільні юридичні дії (волевиявлення) зацікавлених осіб, спрямованих на виникнення або припинення юридичних відносин.

Вчені в дорадянський період розпочали дослідження поняття правочину істотно пізніше своїх іноземних колег. Навіть російськомовне визначення поняття “угода” було вироблено юридичною літературою зовсім не відразу.

На початку розвитку дорадянської юриспруденції місце загального поняття “правочин” займало поняття “договір”. Це цілком закономірно, бо матеріалом для викладення і дослідження були пам'ятки римського права, які не містили в собі загального вчення про правочин, але розвивали поняття про різноманітні договори або контракти. Саме їх в основному і вивчали автори в дорадянський період. Прикладом є ще один сучасник Ф.-К. фон Савіньї того періоду Л. А. Цветаєв, який при розгляді класичних контрактів зазначав, що: «В сем издании не поместил я контрактов отважных; они более принадлежат к коммерческому праву, а сделки отношу я к теории судопроизводства».

Основи дорадянського вчення про правочин (юридичну угоду) вперше викладаються тільки в «Русском гражданском праве» Д. І. Мейера. В узагальненому вигляді вони зводяться до таких положень. Правочин належить до категорії юридичних дій. Дією взагалі називається прояв волі. Не будь-яка дія має значення у сфері права; дія набуває юридичного значення (переходить у розряд юридичних) від зіткнення однієї людини з іншою: тоді тільки виникає поняття про свободу, про міру свободи. Воля може

проявитися в одній свідомості, але такі прояви волі, які не проявляються зовні, не підпадають під сферу права. Не будь-який і зовнішній прояв волі вважається юридичною дією. Потрібно, щоб він мав якесь відношення до питання про право. У наведених положеннях можемо побачити майже буквальне відтворення основних постулатів учення Ф.-К. фон Савінії з тією лише відмінністю, що тези останнього про співвідношення волі і волевиявлення поширені не тільки на правочини (юридичні угоди), а й на всі юридично значущі дії.

Н.Л. Дювернуа згадував про існування безлічі труднощів і контрверз, пов'язаних не тільки з вивченням правочину (юридичної угоди), але навіть зі звичайним його поняттям. Під правочином він розумів таке волевиявлення особи або таке її діяння, яким у межах її цивільної дієздатності досягаються зміни правовідносин, на яке волевиявлення спрямоване.

Із історії формулювання поняття «правочин» слід зробити висновок про те, що воно, насамперед, пов'язане з діями. Причому поняття, незважаючи на його простоту, має бути визначено як складне юридичне явище. Так, Д. Д. Грімм, аналізуючи висловлені в німецькій літературі XIX ст. судження про дії, зробив висновок про те, що науці того часу не вдалося створити загального поняття дії. Сам учений визначав дії в широкому і вузькому розумінні. У широкому розумінні він називав дією будь-який емпірично даний типовий стан, будь-який типовий ряд координованих дій, вчинення чи невчинення яких служить появою вольового акту безвідносного до того, чи кореспондує в цьому випадку цими діями відповідний вольовий акт чи ні. Як приклад таких дій він наводить рух лунатика чи те, що людина говорить уві сні. У вузькому (технічному розумінні) Д. Д. Грімм надавав діям зовнішню сторону чи, точніше, зовнішнє вираження вольового акту, пояснюючи, що для нього недостатньо вчинення чи невчинення визначених координованих дій, а необхідно, щоб їм відповідав вольовий акт, зовнішнім проявом якого вони є. Таким чином, Д. Д. Грімм сутність правочину вбачав саме в діях, цим самим обґрунтовував необхідність аналізу дій з психологічної точки зору.

І. Б. Новицький визначав правочин як дію, за допомогою якої особа визначає виникнення правових наслідків, які відповідають тому господарському ефекту, якого ця особа бажає досягти.

О. А. Красавчиков, який відомий дослідженнями юридичних фактів, розглядав їх як дії і зазначав, що основним видом цивільно-правових юридичних актів є правочин — правомірна юридична дія, вчинена дієздатною особою і спрямована на виникнення, зміну чи припинення цивільно-правових відносин.

У подальшому вчений під правочином визначав правомірні дії, спрямовані на досягнення певного правового результату (на виникнення, зміну або припинення прав і обов'язків), наприклад: продати, купити, обміняти, подарувати, здати в оренду, заповісти, вступити до шлюбу тощо⁴.

⁴ Підпригора, О. А. Основи римського приватного права [Текст] : підручн. [для студ. юрид. вузів і ф-тів] / О. А. Підпригора. К. : Вища школа, 1995. 264 с. С. 140.

Нерідко вчення про правочини як такі в радянський період вченими підмінювалися вченням про класифікацію й окремі види правочинів, головним чином, про договори; в останньому випадку особливу увагу приділяли не теорії договорів, а питанням, пов'язаним з їх укладанням, підставам зміни і розірвання, а також систематизації договорів.

Сучасними науковцями визначенню «правочин» приділялось також немало уваги.

Так, З.В. Ромовська під правочином визначає поведінку суб'єкта, тобто «дію» і «не дію»⁵.

Як зазначають І. П. Домбровський та І. Б. Шицький, правочин визначається як «дія», але це слово не можна читати у відриві від подальшого тексту, зазначеного у ст. 202 ЦК України, а саме: «спрямована на ...». Сутність правочину не у фактичних діях, а у спрямованості на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків⁶.

Інші дослідники під правочином розуміють дозволену правомірну дію, яка спрямована на досягнення позитивного правового результату, що визнається й охороняється державою. Це юридичний акт особи, спрямований на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків⁷, це завжди дія правомірна, що відрізняє її від таких юридичних фактів, як правопорушення⁸.

Є. О. Мічурін під правочином вважає правові акти, які виражають добровільне волевиявлення їх учасників⁹.

Т. В. Бобко визначає правочин як акт волевиявлення приватної особи з визначальними для концептуальних положень про нього наслідками¹⁰.

Як слушно відзначає О. В. Дзера, правочинам, на відміну від деяких інших підстав виникнення цивільних прав та обов'язків (наприклад, юридичних і фактичних вчинків, заподіяння шкоди), притаманне правомірне вольове вчинення особою, яка має належний статус цивільного права, юридичних дій, спрямованих на свідоме створення конкретного цивільного правового результату для себе або інших осіб¹¹.

Відомо, що дії як юридичні факти завжди мають вольовий характер і поділяються на правомірні та протиправні. Правочини — це вольові та правомірні дії, безпосередньо спрямовані на досягнення правового результату, а саме на набуття, зміну або припинення цивільних прав та

⁵ Ромовська, З. В. Українське цивільне право. Загальна частина: Академічний курс [Текст] / З. В. Ромовська. К. : Атіка, 2005. 559 с. С. 338

⁶ Проблемні питання у застосуванні Цивільного і Господарського кодексів України [Текст] / під ред. А. Г. Яреми, В. Г. Ротаня. К. : Реферат, 2005. 336 с. С. 64

⁷ Штефан, А. Визнання правочину недійсним як спосіб захисту авторського права [Текст] / А. Штефан // Теорія і практика інтелектуальної власності. 2013. № 4. С. 23-31.

⁸ Хатнюк, Н. С. Заперечні угоди та їх правові наслідки [Текст] : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 "Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право" / Н. С. Хатнюк. К., 2003. 20 с. С. 211

⁹ Мічурін, Є. О. Правочини з житлом : Книга перша [Текст] / Є. О. Мічурін. Х. : Страйд, 2003. 372 с. С. 11.

¹⁰ Бобко, Т. В. Зміст і форма правочину в цивільному праві [Текст] : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 "Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право" / Т. В. Бобко. Х., 2011. 20 с. С. 5.

¹¹ Договірне право України [Текст] : навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін. ; за ред. О. В. Дзери. К. : Юрінком Інтер, 2008. Загальна частина. 896 с.

обов'язків.

Таким чином, підводячи підсумки, можемо зазначити, що базу для дослідження сучасними науковцями закладено дореволюційними, радянськими, а також європейськими вченими, насамперед німецькими, і мало чим від них відрізняється.

На основі вищевикладеного можемо визначити деякі ознаки правочину:

- правочин — це юридична дія;

- правочин — це правомірна дія, правомірність правочину означає, що він має якості юридичного факту, що породжує такі правові наслідки, настання яких бажають особи, що вчиняють правочин;

- правочин — це завжди вольовий акт, тобто дія особи, цим він відрізняється від таких юридичних фактів, як події, настання яких знаходиться поза вольовим впливом осіб;

- правочин — це дія, яка вчинена суб'єктами цивільного права, в межах їх правоздатності і дієздатності;

- правочин спрямований на виникнення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків.

У сучасній науці склався усталений погляд на те, що правочини породжують майнові правові наслідки. На наш погляд, у зв'язку з розвитком суспільства, з'являється багато нових правовідносин, тому такі правові наслідки можуть бути і немайними. Наведене свідчить про актуальність подальшого дослідження.

2. У ст. 626 ЦК договором визнана домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків.

Термін “договір” є полісемантичним і використовується в декількох значеннях як:

- прояв свободи учасників цивільних правовідносин (п.3 ст. 3 ЦК);

- різновид актів цивільного законодавства (ч. І ст.6 ЦК);

- різновид міжнародного правового акту, який регулює цивільні правовідносини (ст. 10 ЦК):

- підстава виникнення, зміни та припинення правовідносин, тобто як юридичний факт (п. 1 ч.2 ст. 11 ЦК);

- саме зобов'язання, що виникає на підставі зазначеного вище юридичного факту та спричиняє необхідність виконання юридичного обов'язку боржником на користь кредитора (ч.2 ст. 509 ЦК);

- добровільно взятий юридичний обов'язок перед кредитором, який необхідно виконати (ст. 626 ЦК);

- форма закріплення правовідносин та посвідчення факту їх існування - документ у власному розумінні цього слова (ст.639 ЦК);

- загальна домовленість, що має правове значення .

Крім терміну «договір» як його синонім в законодавстві є терміни “контракт”, “угода” та „операція”. Термін «контракт» широко вживається у комерційній практиці як рівнозначний терміну „договір” (те саме, що й договір), здебільше до договорів у сфері зовнішньоекономічної діяльності,

стосовно шлюбного контракту - домовленості між подружжям. В податковому праві договором визначена усна чи письмова угода між споживачем і продавцем (виконавцем) про якість, терміни, ціну та інші умови, за якими здійснюються купівля продаж, роботи та послуги Це використано як підстава для оподаткування.

Термін угода у ч.3 ст. 15 ГК України використано як рівнозначний терміну „контракт”. Постановою КМУ “Про укладення угод з реструктурування простроченої станом на 1 січня 2004р. заборгованості юридичних осіб за кредитами, залученими державою або під державні гарантії, та бюджетними позичками” також термін „угода” вживається рівнозначним терміну „договір”. Це дивно, тим більше що ЦК України натомість терміну „угода” введено термін „правочин” і всі інші нормативні акти термінологічно повинні бути б узгоджені з термінологією ЦК України. Якщо угода вживається у сенсі домовленість, то це також некоректно.

Витоками договору вважаються закон - батько та правочин - мати. Як правочин договір повинен бути правомірним - відповідати вимогам права за елементами (належні сторони), предметом (не виключені із цивільного обороту, обмежені в цивільному обороті), за змістом (допустимі суб'єктивні права та юридичні обов'язки). Договір повинен також відповідати вимогам чинного законодавства, звичаям ділового обороту, вимогам розумності, добросовісності та справедливості.

В доктрині права договір розглядається як: угода двох та більше сторін що спрямована на набуття, зміну та припинення цивільних правовідносин (частіше вказують прав та обов'язків)¹⁴, або саме зобов'язання, що виникає з такої угоди, та навіть документ, яким зафіксовано акт виникнення зобов'язання за волею його сторін ; юридичний факт, що є підставою виникнення договору як правовідношення чи договірне право відношення, як різні аспекти договору та різні боки його розвитку^{146 147}; юридичний факт, що слугує основою зобов'язання та саме договірне зобов'язання, та документів якому закріплено факт встановлення договірне правовідношення ; як двох чи багатосторонній правочин^{148 149}; узгоджена воля двох та більше сторін про їх взаємні цивільні права та обов'язки ; спосіб самообмеження у своїй свободі за яким сторона договору відмовляється від частини своєї свободи за що взамін набуває забезпечення іншої свободи.

Основні поняття «договір» проявляють себе у сенсі: соціологічному - вид соціальної дії чи діяльності; праксеологічному (вчення про людську діяльність) різновид цілеспрямованого співробітництва; філософському - прояв комунікативності; правовому - підстава виникнення та форма існування суб'єктивних прав та обов'язків сторін.

Визначення договору як домовленості двох або більше сторін, що спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків поміщене у ч. 1 ст. 626 ЦК) по суті складається із його основи - **домовленості**, та мети - встановлення, зміна та припинення цивільних прав та обов'язків. Тож йдеться про встановлення правочину за чого договір є

домовленим правочином. У цьому визначенні домінує правочинний підхід за чого загальні вимоги до правочину поширюються на цивільно-правовий договір.

У позитивному праві зарубіжних країн визначено договір: ст. 1101 ЦК Франції угоду, на підставі якої одна особа чи декілька осіб зобов'язуються перед іншою особою чи перед декількома особами дати що-небудь, виконати що-небудь чи не робити що-небудь; ст. 213 Книги 6 ЦК Нідерландів багатостороння угода (правочин), в якому одна або декілька сторін приймають на себе зобов'язання стосовно однієї чи декількох інших сторін (ст.213 Книги 6).

У ст. 179 ГК проведено саме зобов'язальницьку конструкцію господарського договору. Господарсько-договірними зобов'язаннями за її ч. 1 є майново-господарські зобов'язання, що виникають між суб'єктами господарювання і не господарюючими суб'єктами - юридичними особами на підставі господарських договорів. Звідси очевидно, що ЦК та ГК по різному підходять до юридичної природи договору, по суті одного і того ж правового інституту.

Серед ознак договору як універсального регулятора суспільних відносин виділені наступні його ознаки: а) вільне волевиявлення; б) згоду сторін за всіма суттєвими аспектами договору; в) рівність сторін у договірних відносинах; г) юридичні гарантії виконання договорів; д) оплатний (за загальним правилом) характер дій сторін у вирішенні передбачених завдань; е) взаємна відповідальність сторін за невиконання прийнятих зобов'язань³, або те що він: а) виникає на підставі цивільно-правових норм; б) є угодою двох або кількох сторін; в) ґрунтується на узгодженому волевиявленні сторін; г) спрямований на досягнення спільної мети сторін - встановлення, зміну або припинення цивільних правовідносин; г) регулює права та обов'язки сторін та (або) права третіх осіб, тобто визначає зміст правовідносин; чи а) згоду сторін про встановлення прав та обов'язків; б) намір сторін добровільно виконати договір; в) суб'єктивна виконуваність; г) юридичний дозвіл; д) забезпеченість засобами державного впливу.

Конструктивні елементи договору створюють його своєрідний „каркас” (матрицю) котрий у подальшому можна застосовувати для визначення договору як правової конструкції. Доволі цікаву конструкцію запропонувала В.С.Мілаш **яка до конструктивних** (базових) елементів договору відносить: а) вільну за своєю природою домовленість сторін щодо вступу у договірне зобов'язання; б) реально існуючий намір сторін виконати домовленість; в) початкову суб'єктивну виконуваність, г) забезпеченість засобами державного впливу. **До спеціальних елементів** відповідно: 1) його форму; 2) суб'єктний склад, 3) господарську договірну правосуб'єктність сторін, 4) об'єкт, 5) інтерес; 6) мету договору.

Традиційне в нашому праві доктринальне поняття „договір” в принципі співпадає і ґрунтується на наступних проявах як: підстави виникнення суб'єктивних цивільних прав та юридичних **обов'язків; різновид**

зобов'язання; правова форма товарообороту; спосіб встановлення мононорм права для його сторін що враховується судами при кваліфікації дій сторін зобов'язання; форма досягнення компромісу та балансу стосовно предмету договору та зокрема його умов; засіб досягнення сторонами певних цивільно-правових наслідків (мети);

Слід розрізняти деякі види домовленостей як договорів: строга для публічного договору, обумовлена в договорі приєднання, диспозитивна при узгодженні умов договору, умовна, яка може змінюватися при зміні певних умов договору тощо;

Договір в національному позитивному праві визначено як різновид правочину, Тільки двосторонній чи багатосторонній правочин може бути договором.

Значення договору полягає в наступному:

- є найпоширенішою підставою виникнення цивільних прав і обов'язків;

- це основний спосіб оформлення економічних за змістом та юридичних за формою зв'язків учасників цивільного обороту;

договір конкретизує обсяг суб'єктивних прав і юридичних обов'язків його сторін, порядок і умов виконання зобов'язання;

договір має загальні та спеціальні гарантії і включає в себе способи забезпечення виконання зобов'язань його сторонами. Це проявляється у поруці, заставі, уточненні санкцій майнової відповідальності за їхнє невиконання чи неналежне виконання;

договір дозволяє правильно визначити попит та пропозицію, а також і суспільно необхідні витрати на товари, послуги і т.п.;

договір стабілізує відносини цивільного обороту, робить їх передбачуваними, забезпечує формування впевненості в тім, що людина буде забезпечена всім необхідним;

договір стимулює ініціативу суб'єктів цивільних правовідносин, чим і сприяє розвитку виробництва і призводить до появи нових договірних інститутів та субінститутів.

Договір слід відрізняти від інших домовленостей, які мають не правовий, а моральний характер: взяти із собою у відпустку якщо буде така змога; непевної домовленості - якщо не будете мені недоїдати я заплачу за ваше навчання на комп'ютерних курсах.; прийняти запрошення від знайомих чи інших осіб, прийняти участь у змаганнях тощо.

Договір як джерело моно нормативного регулювання правовідносин має певні функції. Ідея функцій цивільно-правового договору була запропонована О.О. Красавчиковим, який виділив ініціативну, програмно-координаційну, інформаційну, гарантійну та захисну його **функції**. До функцій договору відносимо наступні:

регулятивна — упорядковує відносини динаміки і є домінуючою в упорядкуванні цих відносин. Договір є формою цих відносин у науково обґрунтованих моделях і надає сторонам можливості самоорганізації і саморегулювання мононормами права;

ініціативна - договір є підставою виникнення цивільно-правових відносин на основі домовленості та досягнення компромісу між інтересами з урахуванням економічних показників тощо;

символьна - встановлює категоріальну систему узагальненої і усередненої поведінки сторін договору, які можуть адекватно сприйматися і оцінюватися судом;

інформаційна - вказує на зміст договору і його відповідність встановленим вимогам, можливість гарантувати суб'єктивні права та мінімізувати втрати;

прогностична - створює умови для формування нових відносин, зокрема у мережі Інтернет; електронна пошта, електронна торгівля (комерція), електронна реклама, інформаційне обслуговування.

Договір має **свою динаміку та складається** із різних за змістом та тривалістю стадій, зокрема:

1) **виникнення** договору (укладення договору) що охоплює переддоговірні умови чи передумови укладення договору, перевірки безпечності укладення договору на добросовісності майбутньої сторони, вибір способу укладення договору та його різновиду;

2) **стабілізація** договору тобто надання йому тої сили і довершеності механізму забезпечення виконання за якого буде досягнуто мети укладення договору. Це характерно для господарських договорів, за якими через внутрішні організаційні відносини забезпечується супровід договору, в разі необхідності отримання кредиту, призначення відповідальних, уточнення строків;

3) **виконання** зобов'язань за договором;

4) **припинення** договору із передання його результату та отриманням платежів, підписанням документів, повернення;

5) **поновлення** правовідносин за припиненим договором, зокрема протягом гарантійних строків, строків придатності тощо.

3. Теорії права власності.

Розгляд теорій походження власності слід почати з теологічної теорії, яка виникла в епоху Середньовіччя. Традиційно одним із найяскравіших прихильників теологічної теорії походження права власності вважається Фома Аквінський. У його працях немає окремого вчення про власність та її походження, але це питання прослідковується при обґрунтуванні та філософському поясненні інших категорій та понять.

Фома Аквінський будь-яку діяльність людини, держави, пов'язував з діяльністю Бога, і свідченням цього є його твердження, згідно з яким Бог є першопричиною всього, в тому числі людського буття та людських дій [1, с. 438]. Цілком можливо, на той час ця теорія була актуальною і могла пояснити та поповнити певну потребу в обґрунтуванні феномену власності. Але в умовах сьогодення вона може розглядатися лише як елемент гносеології історичного вчення про власність.

Наступною теорією походження права власності є трудова теорія, прихильниками якої були такі видатні вчені, як Дж. Локк, Вольтер, А. Сміт, І. Ільїн, які дали її змістовне обґрунтування. Сутність даної теорії полягає в тому, що лише праця людини є основою набуття власності. Чим більше людина працює, тим більше власності вона отримує. Підвищення продуктивності праці, застосування машин та механізмів приводить до того, що особа не лише примножує свою власність, а переходить від безпосереднього виробника матеріальних благ до керівника, менеджера, який контролює працю вже інших осіб.

Визначаючи місце власників у державі та суспільстві, Дж. Локк розглядав цю групу як основу суспільного життя держави, що більш за все була зацікавлена в переході до громадянського стану. Власність як стан привласнення майнових благ передує державі і становить реалізацію природного права. У розробці трудової теорії Дж. Локк надавав домінуючого значення приватній власності, яка не зводилася до речей чи суми матеріальних благ, а є цілісністю, яка поєднує в собі одночасно життя, волю і майно людини, яка «має владу ... охороняти свою власність, тобто життя, свободу і майно» [2, с. 63–65].

І. Ільїн зазначав, що «тіло людини – це річ, що знаходиться серед інших речей і потребує їх. Для того щоб жити, людина повинна займатися цими речами, пристосовувати їх до своїх потреб, віддавати їм свій час, працю (тілесно–м'язову, нервово-душевну і споглядально-духовну), вдосконалювати їх, вкладати в них себе і свої цінності» [3, с. 123].

Важливе значення у філософському та правовому обґрунтуванні власності має договірна (мінова) теорія власності. Цілком справедливо її основоположником та найбільш яскравим представником вважається Г.В. Гегель. Обґрунтовуючи власність, Г. В. Гегель висловлював думку про те, що «вихідною точкою права є воля, яка вільна; так що свобода становить її субстанцію і визначення, й система права є царством здійснення свободи» [4, с. 67].

Далі вчений розвиває думку: «щоб не залишитися абстрактною, вільна воля повинна передусім дати собі наявне буття, і першим суттєвим матеріалом цього буття є речі, інакше кажучи, зовнішні предмети.

Цей перший вид свободи і є тим, який ми визначаємо як власність» [4, с. 94].

Досліджуючи категорію власності, Г.В. Гегель розмежовує володіння та власність. Володіння зовнішнім актом, необхідним для реалізації власності, коли безгосподарний стан речі приводить до господарювання нею, що означає «передбачала ставлення до інших» [4, с. 109]. При заволодінні особа, виявляючи волю, встановлює зв'язок з іншими суб'єктами, через що суб'єктивність ставлення до речі переходить в об'єктивність.

У Г.В. Гегеля договір як взаємодія волі протилежних суб'єктів створює право власності, яке до цієї взаємодії ще не розгорнулося та не існує, що свідчить про те, що вчений пов'язує власність виключно з обміном та договором як способом його реалізації (обміну).

Цей же вчений розглядає договір як опосередковану форму власності. «Особа, відрізняючи себе від себе, ставиться до іншої особи, й обидві володіють одна для одної наявним буттям тільки як власника.

Їх у собі суцзя тотожність отримує існування через перехід власності одного власника у власність іншого, за наявності спільної волі та збереження їх права – в договорі» [4, с. 99].

К. Скловський, аналізуючи вчення Гегеля та розглядаючи договір як форму власності, у якому власність виявляється як безспірна та досконала, протиставляє договору захоплення зовнішнє володіння, яке завжди певною мірою не визначене та недосконале [5, с. 47]. К. Скловський дає визначення терміна «договір»: «договір – це відносини, сутністю яких є взаємне визнання іншого абсолютним власником його майна як передумова вступу з ним у відносини обміну (тому що неможливо обмінюватися з тим, кого я не вважаю власником)» [5, с. 50].

Договірна теорія власності, незважаючи на тривалість її існування, не втрачає свого значення і сьогодні, про що свідчить те, що позитивне (писане) право походження власності пов'язує з обміном власниками належними їм матеріальними благами, оскільки «найбільш досконалим доказом власності і є непорушний ланцюг угод із придбання речі, а не її виробництво ... яка потребує посилення договором» [5, с. 49].

Заслугує уваги також психологічна теорія власності. В її основу покладена воля та свідомість людини як чинники, що зумовлюють встановлення та існування зв'язку особи та певного матеріального об'єкта. Ця теорія базується на ставленні осіб до речей як до власних чи до чужих.

Зовнішні фактори як явища об'єктивної реальності не визначають приналежності речей одним та їх відчуженості іншим. Усвідомлення «свого» та «чужого», окрім цього, змушують поважати власність іншого і не посягати на неї. Це означає, що власність існує доти, доки людина вважає матеріальні блага своїми та бажає їх мати. Відсутність усвідомленості приналежності речей і небажання ними володіти призводить до розпорошення поняття власності.

Однією з найбільш відомих та досліджених є матеріалістична теорія власності. Її прихильниками були та залишаються ряд вчених як радянського періоду, так і сучасної України. Біля витоків розробки цієї теорії були К. Маркс, Ф. Енгельс, через що саме вона за часів існування Радянського Союзу вважалася панівною та отримувала всебічний розвиток. Це, у свою чергу, зумовило те, що і до сьогодні більшість вчених при обґрунтуванні походження власності притримуються саме матеріалістичної теорії, хоча існує тенденція до вивчення та розробки інших теорій.

Основу матеріалістичної теорії становить постулат, що власність – це історично зумовлена суспільна форма розподілу (привласнення) матеріальних благ, що відображає суспільно-виробничі зв'язки між людьми в процесі виробництва, обміну, розподілу та споживання.

Проте відомо, що володіти та користуватися річчю може і невластник, тому слушно зазначає Ч. Азімов, говорячи, що ставлення особи до речі як до

свої можливе лише в тому разі, коли інші особи ставляться до цієї речі як до чужої, а фактичне володіння річчю особою може здійснюватися лише при усуненні від такого панування інших осіб, які відповідно ставлять ся до цього і визнають та відчувають себе сторонніми відносно цієї речі [6, с. 193].

Звідси другий аспект економічних стосовно власності визначається як відносини власності між людьми з приводу речей, у яких усі інші особи (невласники) визнають приналежність речі конкретній особі (власнику) й одночасно ставляться до тієї ж речі як до чужої, через що змушені утримуватися від посягання на річ та не заважати власнику вільно нею володіти, користуватися та розпоряджатися.

Саме так яскраво проявляється полярність відносин власності, у яких власнику речі як центру відносин, з одного боку, належить право на здійснення з річчю будь-яких не заборонених законом дій, а з іншого – обов'язки невизначеного, неперсоніфікованого кола осіб щодо утримання від посягання на цю ж річ. Економічні відносини власності для їх стабільності та непорушності закріплюються правом як усезагальним нормативним регулятором суспільних відносин і таким чином правова форма відносин власності визначається їх економічним змістом [4, с. 477].

Економічний зміст власності, знову ж таки, має два полюси. З одного боку, власність – це благо, яке виражається в тому, що присвоєна річ здатна задовольняти власні потреби суб'єкта (що в першу чергу характерно для натурального виробництва); обмінюватися та задовольняти потреби інших, що супроводжується позитивним економічним змістом для власника; застосовуватися у виробництві і присвоєнні нових матеріальних та нематеріальних благ. Але водночас володіння покладає на власника і тягар утримання майна. Це положення прямо закріплене в ч. 3 ст. 12 Конституції України, де вказується, що власність зобов'язує і не може використовуватися на шкоду людині та суспільству.

Тягар власності виражається в необхідності постійно підтримувати належний стан об'єктів власності, їх охорони та ремонту, необхідності відповідати за боргами, якими обтяжене майно, сплачувати податки та збори, і врешті-решт – не посягати на майно іншого власника та своїм володінням не заважати йому здійснювати право власності.

До матеріалістичної теорії певною мірою подібна соціально-аксіологічна теорія власності. Ця теорія спирається на догму, за якою «власність є соціальним явищем ... у тому глибинному значенні, що поняття власності логічно включає припущення певного соціального зв'язку, без якого про власність не можна мислити взагалі».

Як підтвердження цього висновку автор наводить первинні способи набуття власності – окупація (захоплення) предмета та обробка (витрачена людська праця). Окупація як боротьба за речі можлива, якщо ця річ є дефіцитною чи взагалі одиничною, і така рідкість речей становить основу інтересу до власності. До здобутої речі відразу ж застосовується праця, і саме захоплення та праця, в праві народу були першими титулами власності.

Проте особа, яка заволоділа річчю, не є відмежованою від суспільства, а перебуває з його членами в певних відносинах, і саме такими є всезагальні (абсолютні) відносини, які являють собою суспільні зв'язки, що об'єднують усіх узагалі і передбачають суспільне ціле. Саме як типовий приклад усезагальних правовідносин автор наводить власність як соціальні відносини всезагальної природи, – обставину, яка входить до сутності власності, але далеко не завжди досягає свідомості людей¹².

4. Теорії зобов'язального права.

Н.Ю. Голубева: обґрунтовано систематизацію зобов'язань залежно від підстав виникнення. Договірні зобов'язання, залежно від спрямованості зобов'язання, запропоновано згрупувати таким чином: 1) зобов'язання з передачі майна у власність; 2) зобов'язання з передачі майна в користування; 3) зобов'язання з виконання робіт; 4) зобов'язання з надання послуг; 5) зобов'язання, одним з предметів яких є об'єкти інтелектуальної власності; 6) загальноцільові зобов'язання. Недоговірні зобов'язання згруповано залежно від підстав виникнення: 1) з односторонніх правомірних дій (регулятивні недоговірні зобов'язання); 2) зобов'язання з неправомірних дій (охоронні зобов'язання).

Запропонована систематизація зобов'язань не заперечує можливості здійснення класифікації (не систематизації) зобов'язань за різними критеріями. Необхідність у такій класифікації існує фактично для навчальних цілей, на відміну від проведеної систематизації зобов'язань, яка спрямована на отримання відповіді на питання особливостей правового регулювання договірних і недоговірних зобов'язань, застосування до окремих її груп тих чи інших правових норм, у тому числі норм загальної частини зобов'язального права¹³.

1. Вчення про захист цивільних прав.

Пануючим є підхід, що правова охорона включає в себе систему різних юридичних заходів з метою вберегти право від можливого порушення; є діями, спрямованими на закріплення і забезпечення прав, запобігання посягань на суб'єктивні права¹⁴. Захист же є правовою реакцією на правопорушення¹⁵.

Відповідно до ч. 5 ст. 55 Конституції, згідно якої кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань. Відтак, особа, здійснюючи захист свого

¹² Мандрика Л.М. Теорії права власності. Право і Безпека. 2009. № 2. С. 91-94

¹³ Голубева Н.Ю. Зобов'язання у цивільному праві України: методологічні засади правового регулювання. Автореф. дис. ...д.ю.н., спец. 12.00.03. НУ «Одеська юридична академія». Одеса, 2013. 42с.

¹⁴ Дзера О.В., Дзера І.О. Способи захисту цивільних прав та інтересів у сучасному цивільному праві України. *Актуальні проблеми приватного права України* : Збірник статей до ювілею доктора юридичних наук, професора Наталії Семенівни Кузнецової / Відп. Ред. Р.А. Майданик та О.В. Кохановська. Київ: ПрАТ «Юридична практика», 2014. 564 с. С. 127-153. С/ 128-129

¹⁵ Цивільний кодекс України : науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т.1: Загальні положення / За ред. проф. І.В. Спасибо-Фатєєвої. Серія «Коментарі та аналітика». Харків : ФО-П Колісник А.А., 2010. 320 с. С. 167

порушеного права чи охоронюваного законом інтересу, здійснює своє право на захист.

Загалом, звернення особи до захисту є результатом здійснення її права на захист. Н.А. Саниахметова визначила, що для особи право на захист полягає у можливості використання в межах, визначених законом, засобів самозахисту, а також у можливості звернення до відповідного державного або громадського органу, або до уповноваженої особи за захистом свого цивільного права або інтересу¹⁶.

У сучасній цивільно-правовій науці немає єдності щодо правової природи права на захист. Наразі існує, щонайменше, дві точки зору. Прибічники першої точки зору розуміють під нею правомочність (Ю.І. Мігашук)¹⁷. Другі вбачають в **праві на захист** самостійне суб'єктивне право.

Виходимо з того, що право особи на захист є елементом її правосуб'єктності. Підставою для здійснення права на захист є факт порушення суб'єктивного права чи охоронюваного законом інтересу особи.

Сам же захист цивільних прав можна визначити як передбачену законом систему заходів, спрямованих на забезпечення недоторканості права, відновлення порушеного права та припинення дій, що порушують право. Відтак, захист є реалізацію наданих законом можливостей щодо здійснення приватною особою на свій розсуд захисту своїх прав та інтересів з обранням відповідних способів та засобів захисту прав.

¹⁶ Харитонов Е.О., Гражданское право Украины : Учебник / Е.О. Харитонов, Н.А. Саниахметова. Харьков : Одиссей, 2004. 960 с. С. 162.

¹⁷ Мігашук Ю.І. Право на захист як елемент правоохоронного правовідношення. Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. 2009. Вип. 45. С. 29-35. С. 29.