

ПАНЧЕНКО Сергій Володимирович

ДЖЕРЕЛА ЦИВІЛЬНОГО ДОГОВІРНОГО ПРАВА

ХМЕЛЬНИЦЬКИЙ УНІВЕРСИТЕТ УПРАВЛІННЯ ТА
ПРАВА ІМЕНІ ЛЕОНІДА ЮЗЬКОВА

ПАНЧЕНКО Сергій Володимирович

ДЖЕРЕЛА ЦИВІЛЬНОГО ДОГОВІРНОГО ПРАВА

Хмельницький – 2021

УДК 340.130.5:347.1

П 16

*Рекомендовано до друку Вченою радою
Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова
(протокол № 1 від 30 серпня 2021 року)*

Автор:

Панченко Сергій Володимирович – доктор філософії, керуючий партнер Адвокатського бюро «Панченко та партнери»

Рецензенти:

ВАТРАС Володимир Антонович – доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, професор кафедри цивільного права та процесу Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова
ЗЕЛІСКО Алла Володимирівна – доктор юридичних наук, професор, професор кафедри цивільного права Навчально-наукового юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника

Панченко С. В. Джерела цивільного договірної права. Миколаїв-Хмельницький: Видавництво Ірини Гудим, 2021 – 264 с.

Монографія присвячена визначенню загальних закономірностей та видових особливостей джерел цивільного договірної права, а також розробленню науково-теоретичних пропозицій для вирішення проблемних питань у сфері правового регулювання цивільних договірних відносин.

Визначено поняття та види джерел цивільного договірної права. Розкрито дію джерел цивільного договірної права в часі, просторі та щодо кола осіб. Визначено поняття нормативно-правового акта та його різновидів як джерел цивільного договірної права. Охарактеризовано міжнародні нормативно-правові акти та право ЄС у системі джерел цивільного договірної права. Визначено особливості звичаю та його різновидів як джерел цивільного договірної права. З'ясовано значення судової практики у системі джерел цивільного договірної права. Охарактеризовано цивільно-правовий договір як джерело цивільного договірної права. Розроблено науково-теоретичні пропозиції для вирішення проблемних питань у сфері правового регулювання цивільних договірних відносин.

Монографія розрахована на спеціалістів з цивільного договірної права, а також фахівців у сфері приватного права та усіх, хто цікавиться проблемами науки цивільного договірної права.

УДК 340.130.5:347.1

ISBN 978-617-576-155-7

© Панченко С.В., 2021

ЗМІСТ

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ	5
---------------------------------	---

ВСТУП	7
-------------	---

РОЗДІЛ 1. ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ ДЖЕРЕЛ ЦИВІЛЬНОГО ДОГОВІРНОГО ПРАВА 13

1.1. Поняття джерела цивільного договірного права	13
1.2. Види джерел цивільного договірного права	46
1.3. Дія джерел цивільного договірного права.....	68
Висновки до розділу 1	100

РОЗДІЛ 2. НОРМАТИВНО-ПРАВОВИЙ АКТ ЯК ОСНОВНЕ ДЖЕРЕЛО ЦИВІЛЬНОГО ДОГОВІРНОГО ПРАВА 103

2.1. Поняття нормативно-правового акта та його різновиди як джерела цивільного договірного права	103
2.2. Міжнародні нормативно-правові акти як джерела цивільного договірного права	128
2.3. Право Європейського Союзу як джерело цивільного договірного права	152
Висновки до розділу 2	174

РОЗДІЛ 3. ХАРАКТЕРИСТИКА ОКРЕМИХ ДЖЕРЕЛ ЦИВІЛЬНОГО ДОГОВІРНОГО ПРАВА177

3.1. Звичай як джерело цивільного договірною права177

3.2. Значення судової практики як джерела цивільного договірною права203

3.3. Цивільно-правовий договір як джерело цивільного договірною права233

Висновки до розділу 3256

ВИСНОВКИ260

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ267

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

DCFR – Draft Common Frame of Reference (Модельні правила європейського приватного права)

АРК – Автономна Республіка Крим

ВС – Верховний Суд

ВС України – Верховний Суд України

Віденська конвенція 1980 р. – Віденська конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р.

ГК України – Господарський кодекс України

Європейська конвенція – Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод

ЄСПЛ – Європейський суд з прав людини

ЄСВС – Європейська спільнота з вугілля та сталі

КС України – Конституційний Суд України

КК України – Кримінальний кодекс України

КПК України – Кримінальний процесуальний кодекс України

КТМ України – Кодекс торговельного мореплавства України

НЦУ – Німецьке цивільне уложення

Принципи УНІДРУА – Принципи міжнародних комерційних договорів

СК України – Сімейний кодекс України

ст. – стаття, статті

ЦК – Цивільний кодекс

ЦК України – Цивільний кодекс України

ЦПК України – Цивільний процесуальний кодекс України

ЦК Франції – Цивільний кодекс Франції

ЦК Республіки Казахстан – Цивільний кодекс Республіки Казахстан

ЦК Республіки Молдова – Цивільний кодекс Республіки Молдова

ЦК Швейцарії – Цивільний кодекс Швейцарії

ЦК Іспанії – Цивільний кодекс Іспанії

ЖК УРСР – Житловий кодекс УРСР

ВСТУП

Дослідження проблеми джерел правового регулювання суспільних відносин є пріоритетним напрямком юридичної науки. Це пояснюється тим, що джерела права у правовій системі виконують правоохоронну і праворегулятивну функції. Правоохоронна функція виявляється у тому, що джерела права містять спеціальні охоронні норми, які слугують попередженню правопорушень і необхідні для захисту прав та інтересів суб'єктів права. Виконуючи праворегулятивну функцію, джерела права впливають на суспільні відносини шляхом закріплення регулятивних норм.

Водночас інтеграційні процеси, що відбуваються у світі, істотно впливають на правові системи держав-учасників і, як наслідок, зумовлюють необхідність переусвідомлення позицій щодо джерел права та пошуку оптимальних моделей гармонізації правового регулювання суспільних відносин у контексті інтеграційних змін. Такі процеси стосуються й сфери цивільного договірного права. Відповідно, нагальним стає перегляд теоретичних концепцій, пов'язаних з джерелами цивільного договірного права, зокрема, щодо структури їхньої системи, взаємодії та співвідношення між собою окремих елементів, їхнього значення як правового регулятора цивільних договірних відносин.

У наш час важливого значення набуває дослідження джерел права як елемента національної правової системи. Вивчення системних властивостей джерел права дозволить визначити напрями вдосконалення всього механізму правового регулювання, здійснити наукове

прогнозування тенденцій розвитку правової системи та загалом підвищити її ефективність. Саме необхідність теоретичного узагальнення системних властивостей джерел права як важливого елемента дії права визначає актуальність цього дослідження.

Вимогою часу є також розв'язання проблеми юридичної природи таких джерел, як нормативно-правовий акт, міжнародний договір, право ЄС, звичай, цивільно-правовий договір, їхня характеристика і визначення механізму їх застосування як правового регулятора цивільних договірних відносин.

У зв'язку з ратифікацією Україною міжнародних нормативно-правових актів та підписанням низки міжнародних договорів, держава взяла на себе не лише обов'язок їх дотримуватися, а й гармонізувати джерела цивільного договірної права, що зумовлює, у свою чергу, необхідність їх дослідження та розроблення пропозицій щодо застосування як правового регулятора цивільних договірних відносин в Україні.

На сьогодні все більшого значення як джерела права набувають рішення ЄСПЛ, що регулюють відносини, пов'язані із захистом цивільних прав та інтересів. Україна приєдналася до Європейської системи охорони прав людини, що передбачає обов'язок як охороняти та дотримуватися закріплених у Європейській конвенції прав і свобод, так і визнавати юрисдикцію ЄСПЛ. У цьому контексті помітна тенденція до розширення структурних елементів системи джерел цивільного договірної права, що потребує їхнього детального вивчення та систематизації.

У юридичній літературі немає одностайного підходу до трактування правової доктрини як регулятора цивільних відносин, що впливає на правосвідомість, пра-

вотворчість, правореалізацію та позитивне право. Крім того, залишається невирішеним питання про значення та місце судової практики в системі джерел цивільного договірної права за умов її фактичного застосування у діяльності правотворчих та правозастосовних органів.

Потребує дослідження також питання про цивільно-правовий договір як механізм правового регулювання чи засіб саморегулювання (договірної регулювання), що зумовлено багатозначністю категорії договору та іншими чинниками. Правозастосовна практика потребує відповіді на досить широке коло питань, які не відображено в наукових працях, що негативно позначається на однаковості судових рішень та ефективності правового регулювання договірних відносин. Все це зумовило вибір теми, мети та завдань цього дослідження і визначає його актуальність.

Джерела права були предметом дослідження у теорії права та окремих галузях права, зокрема адміністративного, господарського, кримінального, міжнародного, трудового, цивільного, сімейного та ін. На ці питання в сфері теорії права звертали увагу І. В. Борщевський, О. З. Галамай, Л. В. Гульченко, О. Р. Дашковська, М. М. Жовтобрюх, В. О. Качур, Ю. В. Ковальова, Л. О. Корчевна, Л. А. Луць, М. В. Мазур, І. Г. Оборотов, О. В. Оніщенко, Н. М. Пархоменко, Т. В. Росік, Н. Д. Слотвінська, Т. І. Стрибко, О. А. Титарчук, Р. Б. Топлевський, С. В. Шевчук, А. С. Ярмола та інші. Різні аспекти джерел міжнародного права розглядали Т. М. Анакіна, М. Р. Аракелян, А. С. Довгерт, В. А. Завгородній, Є. О. Зверев, О. В. Київець, О. О. Мережко, Р. Б. Сабодаш, О. О. Сидоренко, К. В. Смирнова, М. М. Феделеш та інші. Великого значення джерелам приватного права,

зокрема цивільного, надавали Л. Андрусів, Г. В. Анікіна, М. Д. Василенко, С. В. Васильєв, В. А. Ватрас, І. А. Діковська, А. І. Дрішлюк, О. В. Джуринський, А. В. Зеліско, О. В. Іваненко, С. І. Клім, О. О. Красавчиков, Л. В. Красицька, О. М. Кривов'яз, Н. С. Кузнецова, Р. А. Майда-ник, К. Г. Некіт, І. В. Спасибо-Фатеева, Р. О. Стефанчук, Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova та інші.

Окремі різновиди джерел цивільного договір-ного права та особливості їхнього застосування вивча-ли Т. В. Блащук, А. Г. Бірюкова, Т. В. Боднар, М. І. Бра-гінський, О. А. Беяневич, С. М. Бєрвєно, А. Б. Гриняк, С. Д. Гринько, Н. Ю. Голубєва, О. В. Дзера, І. Р. Калаур, В. М. Коссаk, В. В. Луць, В. В. Рєзнїкова, Н. В. Федорченко, О. С. Яворська, О. Ю. Черняк (Димїнська), Ж. Л. Чорна та інші. Безпосередньо джерела цивільного договір-ного права досліджував С. О. Погрїбний. У своїй дисертацій-ній роботі (2009 рік) учений визначив принципи і ме-ханізми правового регулювання договірних цивільних відносин в Україні, запропонував загальну концепцію цивільно-правового регулювання на підставі чинного цивільного законодавства.

Незважаючи на значний інтерес до теоретико-пра-вових аспектів джерел права та їхнього значення для юридичної практики, поміж учених немає єдності щодо сутності та системи джерел права. На сьогодні не визна-чено також загальних закономірностей та видових осо-бливостей джерел цивільного договір-ного права. Необ-хідність формування цілісного уявлення про джерела цивільного договір-ного права, а також усунення наявних та недопущення нових нормативно-правових колізій у процесі праворегулювання і визначають актуальність та своєчасність теми наукового дослідження.

Метою цього монографічного дослідження є визначення загальних закономірностей та видових особливостей джерел цивільного договірного права, а також розроблення науково-теоретичних пропозицій для вирішення проблемних питань у сфері правового регулювання цивільних договірних відносин.

Для досягнення зазначеної мети передбачено розв'язати такі завдання:

- визначити поняття та види джерел цивільного договірного права;
- розкрити дію джерел цивільного договірного права в часі, просторі та щодо кола осіб;
- визначити поняття нормативно-правового акта та його різновидів як джерел цивільного договірного права;
- охарактеризувати міжнародні нормативно-правові акти та право ЄС у системі джерел цивільного договірного права;
- визначити особливості звичаю та його різновидів як джерел цивільного договірного права;
- з'ясувати значення судової практики у системі джерел цивільного договірного права;
- охарактеризувати цивільно-правовий договір як джерело цивільного договірного права;
- розробити науково-теоретичні пропозиції для вирішення проблемних питань у сфері правового регулювання цивільних договірних відносин.

Об'єктом дослідження є правовідносини, пов'язані з формуванням, функціонуванням та розвитком джерел цивільного права. *Предметом* дослідження є джерела цивільного договірного права.

Монографія має сприяти для подальших наукових досліджень проблем цивільного договірного права та

галузей приватного права загалом, а також теорії права, міжнародного права та права Європейського Союзу.

На жаль, намагання автора довести до максимального рівня завершеності окремих частин цієї праці далекі від бажаного, але автор сподівається, що поставлена мета досягнута, а висловлені ідеї стануть предметом подальших наукових дискусій. Автор буде вдячний за висловлені зауваження, побажання, міркування щодо цієї роботи.

РОЗДІЛ 1

ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ ДЖЕРЕЛ ЦИВІЛЬНОГО ДОГОВІРНОГО ПРАВА

1.1. Поняття джерела цивільного договірної права

Правова категорія «джерела цивільного договірної права» є похідною від понять «джерела права» та «цивільне договірне право». З огляду на це для визначення поняття «джерела цивільного договірної права» слід визначитися із сутністю цих категорій.

Для з'ясування категорії «джерела права» слід звернутися насамперед до наукових напрацювань з теорії права. Як слушно наголошує А. І. Дрішлюк, ця проблема не існує окремо, а її вирішення залежить певним чином від здобутків теорії держави і права [160, с. 364]. Джерела права є однією з важливих категорій права як у прикладному, так і теоретико-пізнавальному контексті, що зумовлює багату історію його дослідження.

На рівні правозастосування спроби зрозуміти, що є джерелом формування діючих у суспільстві приписів та як відрізнити загальнообов'язкову до виконання норму певного системного рівня від норм інших рівнів, відомі ще з давніх-давен. Більш-менш чіткій постановці питання розгляду джерел права ми завдячуємо римським юристам епохи класичного права [423, с. 53]. Ще римський історик Тит Лівій назвав закони XII таблиць джерелом публічного та приватного права [394, с. 267].

Для того, щоб стати дійсністю та належно виконувати свої функції, право повинно мати своє зовнішнє вираження, яке науковці називають формами права або

джерелами права [62, с. 14]. Тлумачний словник поняття «форма»(лат. «*forma*» – вигляд, зовнішність, устрій, різновид) трактує як зовнішній вигляд [411, с. 537], обрис речі, дії або зовнішній вираз певного змісту [478, с. 294]. Водночас «джерелом» позначають те, що дає початок чому-небудь, звідки постає, черпається щось; основу чого-небудь; вихідне начало; писемну пам'ятку, документ, на основі якого будується наукове дослідження [95, с. 218].

Загалом думки науковців з теорії права щодо визначення понять «джерела права» та «форми права» різняться, одні вказують на їх синонімію [293, с. 141; 397, с. 169 та ін.], а інші пропонують власне бачення цих понять.

У юридичних словниках поняття «джерело права» визначають як: офіційні документи, які діють у державі та встановлюють або санкціонують норми права; форму вираження правотворчої діяльності держави, за допомогою чого воля законодавця стає обов'язковою до виконання [320, с. 310; 475, с. 133]; спосіб зовнішнього вияву правових норм, який засвідчує їхню загальнообов'язковість [477, с. 171].

Подібним чином визначено поняття джерела права в юридичній літературі. Г. Ф. Шершеневич трактував джерела права як форми вираження позитивного права, що мають значення обов'язкових засобів розуміння існуючого (чинного) права [467, с. 40]. Науковець джерелами визнавав звичаєве право та закон, відмежовуючи джерела права від інших категорій, таких як: 1) суспільна правосвідомість і законотворча влада [467, с. 40; 466, с. 44], які часто називають джерелами права, наприклад, коли кажуть, що воля законодавця є джерелом права; 2) юридичних пам'яток, які свого часу були джерелами права;

3) матеріалу, покладеного в основу закону, наприклад, коли кажуть, що Литовські статuti є джерелом для певних правових актів [467, с. 41].

Джерела права С.С. Алексєєв визначає як створені або визнані державою документальні способи вираження та закріплення норм права, що надають їм юридичного та загальнообов'язкового значення [44, с. 76]. При цьому офіційний та публічний характер джерелам права надається двома способами: шляхом правотворчості – нормативні документи видають компетентні державні органи; шляхом санкціонування (погодження) – державні органи погоджують соціальні норми та надають їм юридичну силу [44, с. 77; 164, с. 213].

Також вказують на джерело права як силу, яка створює право. Цією силою насамперед є влада держави, яка реагує на потреби суспільства, розвиток суспільних відносин та приймає відповідні правові рішення [395, с. 287].

Більшість науковців визначають джерела права через зовнішню форму права шляхом уточнення його в дужках поняттям «форми» чи навпаки (наприклад, «джерела (форми) права» або «форми (джерела) права») [196, с. 37]. Своєю чергою поняття «джерело (форма) права» розкривають як: 1) визнану державою форму вираження норм права [397, с. 279; 181, с. 16]; 2) об'єктивне закріплення та виявлення змісту права у відповідних актах державних органів, рішеннях суду, договорах, звичаях та інших джерелах [98, с. 402]; 3) як офіційно визначені форми зовнішнього вираження змісту права [287, с. 400].

Отже, в юридичній літературі акцентується основна увага щодо визначення джерела права на таких мо-

ментах: зовнішня форма вираження права, має юридичну силу; містить правові приписи.

Узагальнивши наукові підходи, можна виділити три основних напрями щодо розуміння джерел права: матеріальний, ідеологічний і формально-юридичний. У матеріальному розумінні джерела права розглядають як сукупність усіх об'єктивних умов життя суспільства, які є підставою для виникнення правових приписів [397, с. 278; 394, с. 267–268; 481, с. 78], (суспільство, його потреби, інтереси індивідів, форми власності тощо) [205, с. 13]; причини, що зумовлюють зміст права, тобто матеріальні умови життя суспільства [200, с. 3–4]. В ідеологічному розумінні джерела права означають сукупність ідей, уявлень про право, про те, яким воно має бути (наукові, релігійні та інші погляди, теорії, концепції щодо чинного, можливого та бажаного права, правова доктрина, правосвідомість суспільства, вчення про право, правосвідомість тощо) [297, с. 278; 394, с. 267–268; 205, с. 13; 481, с. 78]. У формально-юридичному розумінні джерела права розглядали як засіб юридичного виразу права, в результаті чого воно об'єктивується, набуває офіційності й загальної обов'язковості (нормативно-правовий акт, нормативний договір) [481, с. 78]; форми його вираження (правовий звичай, нормативний акт, нормативний договір, юридичний прецедент, правова доктрина та релігійна норма) [205, с. 13]; причини юридичної обов'язковості норми [200, с. 3–4]; форму вираження правового припису, джерела з якого пізнають зміст права (нормативно-правовий акт, правовий договір, правовий звичай тощо) [397, с. 278; 394, с. 267–268].

На нашу думку, мають рацію ті науковці, які визначають джерела права через форму права. Це пояснюється

сутністю самого поняття «форма права», яке юридичний словник трактує як способи вираження волі панівного класу, завдяки яким вона набуває загальнодержавного значення та обов'язковості, тобто перетворюється в право [480, с. 816]. У підручниках з теорії держави та права поняття «форми права» визначено як спосіб вираження, існування та перетворення (зміна або припинення) правових норм, що діють у певній державі [394, с. 268; 294, с. 133]. Відповідно до такого трактування норма права набуває обов'язкового характеру, що є близьким до формального (юридичного) розуміння. Крім того, така позиція дозволить укласти норми права в єдину логічну систему.

Важливим є не походження норм права та підстава їх виникнення, а те, в якому вигляді їх представлено для суспільства. Крім того, джерела права повинні бути для усіх суб'єктів єдиними, а для цього потрібно санкціонування з боку держави. Завдяки цьому норми права можна відмежувати від інших правил поведінки, які не мають юридичної сили та правового значення.

Оскільки ми схилиємось до розуміння джерел права через формальний підхід, то визначимо зовнішню та внутрішню форми їх вираження. Якщо ми ведемо мову про зовнішню форму вираження, то її значення полягає в такому.

1) Оприлюднення норм права. Сутність категорії оприлюднення розкриємо через поняття оприлюднення закону, яке визначено в юридичних словниках як доведення до відома населення змісту прийнятих нормативно-правових актів [481, с. 179; 77, с. 453]. Л. М. Легін виокремлює поняття офіційного опублікування нормативно-правових актів, зокрема офіційно-юридичне,

нормативно-визначене оприлюднення для загального відома, від імені нормотворчого органу повного та точного тексту прийнятого нормативно-правового акта з усіма необхідними реквізитами, шляхом його розміщення у нормативно визначеному загальнодоступному друкованому виданні [236, с. 42]. Конституція України у ст. 94 визначає загальні принципи порядку набуття чинності законами. Крім того, детально це питання висвітлює Указ Президента України «Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів і вступу їх в силу» [339]. Час дії правового звичаю вимірюють, як правило, за допомогою хронології, тобто через конкретні рішення, прийняті на основі звичаю. До прецеденту застосовують лише хронологічний підхід, що пов'язано з його казуальністю як джерела права: прецедент має юридичне значення тільки стосовно тих ситуацій, для розв'язання яких його використав компетентний орган. Період дії нормативно-правового акта та нормативного договору беззастережно визначається за допомогою хронометрії [291, с. 658]. Також на увагу заслуговує поняття «санкціонування», яке тлумачний словник трактує як «давати санкцію на що-небудь; визнавати щось законним, правильним, затверджувати, схвалювати щось» [95, с. 1103]. Йдеться про те, що уповноважений на те суб'єкт вчиняє дії, спрямовані на санкціонування або погодження правила поведінки, внаслідок чого вони набувають форми джерела права.

2) Юридична сила норми права. Джерела права характеризуються внутрішньою ієрархією, що залежать від юридичної сили правил поведінки, що містяться в нормі права. Юридична сила – це властивість джерел права діяти та породжувати певні правові наслідки (виникнення, змі-

ни, призупинення, припинення правовідносин). Це означає, що від юридичної сили залежить порядок застосування джерел права для врегулювання конкретних суспільних відносин, тобто пріоритетність одних джерел права щодо інших. Наприклад, на відміну від кримінального права, де основним джерелом є закон у цивільному праві, кодекс називає такі джерела як закон, договір та звичай. Так, у ч. 2 ст. 7 ЦК України зазначено, що умовою застосування звичаю є його несуперечність договору та актам цивільного законодавства. Отже, у цивільно-правовому регулюванні надається перевага договору та закону над звичаєм: договір та закон мають вищу юридичну силу порівняно із звичаєм та формують внутрішню ієрархію [452].

Для нормативно-правових актів характерна внутрішня ієрархія, що впливає на юридичну силу. Зокрема закон має вищу юридичну силу, ніж постанови Кабінету Міністрів України, однак поряд з цим з 02.12.1992 р. до 20.05.1993 р. на підставі Закону України «Про тимчасове делегування Кабінету Міністрів України повноважень видавати декрети в сфері законодавчого регулювання» [343] Декрети Кабінету Міністрів України набули юридичної сили закону та були до них прирівняні. Наприклад, декрети «Про впорядкування діяльності суб'єктів підприємницької діяльності, створених за участю державних підприємств» від 31.12.1992 р., «Про припинення справляння державного мита по грошових переказах, що надходять з-за кордону» від 02.12.1992 р., «Про впорядкування використання адміністративних будинків і нежилых приміщень, що перебувають у державній власності» від 11.01.1993 р. та ін.

Своєю чергою внутрішньою формою вираження джерел права є норма права, тобто загальнообов'язкове,

формально-визначене правило поведінки (зразок, масштаб, еталон), встановлене або санкціоноване державою як регулятор суспільних відносин, що офіційно закріплює ступінь свободи і справедливості відповідно до суспільних, групових та індивідуальних інтересів (волі) населення країни, забезпечується всіма заходами державного впливу, аж до примусу [373, с. 275].

Для норми права характерними є ознаки, які розкривають суть соціальних норм загалом, але поряд із цим у доктрині відображаються й специфічні ознаки норм права: спрямована на правове регулювання конкретних суспільних відносин; закріплює міру, зразок (еталон, стандарт) правомірної поведінки особи; підтримується погрозою застосування державного примусу; має особливі форми свого зовнішнього виразу [179, с. 227–228]; є правилом поведінки регулятивного та загального характеру; прийнята в суворо встановленому порядку [373, с. 275].

Важливим аспектом є врегулювання джерелами права саме конкретних суспільних відносин. Загалом поняття суспільні відносини позначає такі відносини індивідів, які опосередковуються предметними продуктами їхньої власної діяльності і, завдяки цьому й творчому характеру цієї діяльності, розвиваються поза зв'язком з біологічною еволюцією індивідів, тобто історично [440, с. 38].

З урахуванням вище визначеного виділимо основні ознаки джерел права: 1) містять норми права; 2) є зовнішньою формою вираження норм права; 3) характеризуються внутрішньою ієрархією; 4) санкціоновані; 5) спрямовані на врегулювання конкретних суспільних відносин.

Отже, джерело права – це зовнішня форма вираження норм права, спрямованих на правове регулювання конкретних суспільних відносин, санкціонована уповноваженими на це суб'єктами, що характеризується внутрішньою ієрархією.

Дослідження загальних положень джерел права в теорії права загалом має суттєве значення для детального вивчення та аналізу джерел цивільного права. Водночас джерела цивільного права мають свої особливості у зв'язку з галузевою спрямованістю.

На думку В. В. Дудченко, питання джерел цивільного права – це не просто питання – це початок цивільного права. Завжди перед юристом, який розмірковує про право, постає головне питання: якою є підстава зобов'язувальної сили чинного права, у чому полягає дієвість права? [166, с. 135]. Дослідниця зазначає, що про недоліки та переваги будь-якого дослідницького методу, правової теорії, говорять на підставі спроможності такої теорії вирішити питання про джерела права [166, с. 135].

Слід зазначити, що в юридичній літературі поняттям «джерело цивільного права» позначають форму вираження цивільно-правових норм [466, с. 17; 128, с. 59; 447, с. 16 ; 202, с. 25; 62, с. 10; 127, с. 46], з чим варто погодитись: 1) форма вираження цивільно-правових норм, що мають загальнообов'язковий характер; 2) форма вираження законодавцем норм, які регулюють відносини з приводу предмету правового регулювання цієї галузі права; 3) норми цивільного права, виражені в різних правових формах; 4) форма вираження, існування, зміни або припинення норм або правил поведінки, санкціонованих або встановлених державою для регулювання

суспільних відносин; 5) система його зовнішніх форм, в яких містяться цивільно-правові норми.

Досліджуючи питання «джерел цивільного права» зосередимо увагу на ознаках, які допоможуть детальніше з'ясувати сутність цього правового явища.

На увагу заслуговує позиція А.О.Ткаченка, на думку якого, для джерел цивільного права визначальними є ознаки певної національно-правової системи: 1) повторюваність, тимчасова стійкість джерел цивільного права, що визначають приналежність національно-правової системи до тієї чи іншої правової сім'ї; 2) наявність правової норми як змістовного елемента джерел цивільного права; 3) типове джерело цивільного права відрізняється легальністю, має офіційний характер; 4) джерело права виступає як типове, тобто є основою вирішення правових ситуацій. Він виступає легальним і при цьому єдиним визначенням дозволеної або забороненої поведінки; 5) типові джерела права в їх сукупності відрізняються системністю та ієрархічністю. У цивільному праві існує власна система джерел, однак думки щодо елементів, які входять до неї, різняться; 6) джерела права вимагають документального оформлення [408, с. 4–5].

Вважаємо, що науковець має рацію щодо наділення джерел цивільного права ознакою про наявність власної у цивільному праві системи джерел та їх ієрархії. Відносно решти ознак, то вони характеризують джерела права загалом, а не лише джерела цивільного права. Крім того, не всі джерела цивільного права вимагають документального оформлення, наприклад звичай може бути в усній формі.

Особливість джерел цивільного права зумовлена предметом та методом цивільно-правового регулювання відносин та виявляється у наступних ознаках.

По-перше, зовнішньою формою вираження джерел цивільного права є акти цивільного законодавства, договір і звичай (ст. ст. 4, 6, 7 ЦК України). Таким різнобічним зовнішнім вираженням джерела цивільного права відрізняються від джерел інших галузей права та характеризуються різноманітністю видів. Це можна пояснити тим, що цивільне право належить до галузей приватного права та є материнським правом для решти з них. Крім того, як слушно зауважує О. В. Іваненко, система джерел приватного права складається із таких елементів, як система джерел матеріальних галузей приватного права, тоді як система джерел публічного права – із джерел процесуальних галузей приватного права [188, с. 127]. Також важливою характеристикою є те, що форма вираження цивільного законодавства, договору, звичаю як джерел цивільного права може бути як усною, так і письмовою.

Цивільне законодавство ґрунтується на засадах свободи договору, свободи підприємницької діяльності та інших (ст. 3 ЦК України). Це означає, що законодавець надає можливість учасникам цивільних правовідносин на власний розсуд урегульовувати відносини між собою – «дозволено все, що не забороняє закон». Відповідно таке вільне волевиявлення суб'єктів цивільного права є обов'язковим для них, тобто є джерелом права. До прикладу, в Україні кримінально-правові норми систематизовано в єдиному законодавчому акті – Кримінальному кодексі України [165, с. 21], де заборонено будь-які відступи від припису закону.

По-друге, внутрішню форму джерел цивільного права становлять норми права, що вирізняються за предметом та методом цивільно-правового регулювання відносин.

Відповідно до ст. 1 ЦК України предметом цивільно-правового регулювання є особисті немайнові та майнові відносини. Як слушно зазначає Л.М. Паращук, особисті немайнові права є пріоритетними щодо майнових. Крім того, неприпустимість втручання у сферу особистого життя людини, як принцип цивільного законодавства, є підтвердженням того, що в основу створення ЦК України покладено природно-правову доктрину, якою захищено насамперед такі людські цінності, як життя, свобода, здоров'я [311, с. 63]. Правове регулювання майнових відносин визначається, зокрема, такими принципами, як неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом; свобода підприємницької діяльності, яку не забороняє закон, та інші [311, с. 63].

Водночас наявність предмета правового регулювання, за твердженням Р. О. Стефанчука, є необхідною, проте недостатньою умовою віднесення певної сукупності правових норм до категорії правової галузі. Поряд із предметом, правова галузь повинна містити свій специфічний метод правового регулювання [446, с. 13]. На думку Є. О. Харитонова та О. В. Старцева, метод правового регулювання відносин є головним критерієм встановлення їхньої галузевої приналежності [432, с. 63–64]. З такою позицією науковців слід погодитися.

Метод правового регулювання – це комплекс правових засобів та способів впливу галузі права на суспільні відносини, що складають її предмет. Тобто зміст галузевого методу правового регулювання визначається характером відносин, які регулюються (предметом правового регулювання) [128]. Таким чином, галузевий метод зумовлює особливості правового регулювання суспільних

відносин та залежить від: 1) характеру правового становища учасників відносин, які регулюються; 2) особливостей виникнення правових зв'язків між ними; 3) особливостей вирішення конфліктів; 4) специфіки засобів примусового впливу на правопорушників [128].

Цивільно-правовий метод вирізняється тим, що він ґрунтується на юридичній рівності, вільному волевиявленні та майновій самостійності учасників цивільних правовідносин (ч. 1 ст. 1 ЦК України). Йдеться про диспозитивність правового регулювання цивільних відносин та принцип «дозволено те, що не забороняє закон». Учасникам цивільних правовідносин надається право самостійно визначати зміст та межі здійснення своїх прав [125, с. 19]. Слід зазначити, що диспозитивність правового регулювання цивільних відносин ґрунтується на таких загальних засадах цивільного законодавства: свобода договору, свобода підприємницької діяльності, яку не забороняє закон, та інших (ст. 3 ЦК України).

Водночас для правового регулювання окремих суспільних відносин застосовують імперативний метод, який забороняє відступ від припису закону та діє за принципом «дозволено лише те, що дозволено» (наприклад, у зобов'язаннях, що виникають внаслідок заподіяння шкоди, імперативним є припис про відшкодування цієї шкоди, підстави, умови та порядок її відшкодування) [432, с. 63–64].

Тобто учасникам цивільних правовідносин надається право самостійно визначати свою поведінку, а спори, що виникають між учасниками відносин, вирішуються органами, які функціонують поза межами цього відношення [125, с. 19]. Погоджуємося з думкою Є.О. Харитонova та О.В.Старцева, що метод цивільно-правового ре-

гулювання охоплює як уповноважуючі диспозитивні (у регулятивних цивільних відносинах), так й імперативні засоби впливу на учасників цивільних відносин, маючи, однак, при цьому підґрунтям засади юридичної рівності сторін, справедливості, добросовісності та розумності [432, с. 66–67]. Такими ознаки цивільно-правового методу регулювання цивільних правовідносин є: юридична рівність учасників, їх самостійність та незалежність, диспозитивність у виборі поведінки, судове вирішення спорів, майново-компенсаційний характер засобів примусового впливу на правопорушника [446, с. 13].

Ознаками джерел цивільного права є такі: 1) спрямованість на правове регулювання особистих немайнових та майнових відносин; 2) різна форма закріплення норм, тобто не лише в письмовій, але й в усній формі; 3) різноманітність видів; 4) юридична рівність учасників щодо права вибору джерел права; 5) можуть виникати за волевиявленням учасників цивільних правовідносин, крім випадків, встановлених законом.

Отже, джерело цивільного права – це зовнішня форма вираження норм цивільного права, спрямованих на правове регулювання особистих немайнових та майнових відносин, яка санкціонована, встановлюється, як правило, за волевиявленням юридично рівних суб'єктів, та має різні види.

Перш ніж перейти до дослідження поняття джерел договірної права, слід визначити місце договірної права в системі цивільного права України. Як зазначає Г.З. Ахметова, воно зумовлене відведеною йому роллю в межах цивільно-правового регулювання суспільних відносин [57, с. 62].

Не вдаючись до деталізації цього питання, оскільки воно не є предметом нашого дослідження, доречно навести окремі пропозиції щодо його вирішення. На думку М.І. Брагінського, В.В. Вітрянського, Є.А. Суханова, договірне право є інститутом особливої частини цивільного права [122, с. 34; 157, с. 70; 370, с. 114]. Така позиція пояснюється тим, що договір – це лише одна з підстав виникнення зобов’язального правовідношення, поряд з такими, як односторонні правочини, завдання шкоди, безпідставне збагачення тощо [370, с. 114].

Із зазначеною позицією цілком правильно не погоджується Н.Ю. Голубева, яка зазначає, що договірне право не можна вважати окремим інститутом, бо воно є збірним поняттям декількох інститутів зобов’язального права: загальних положень про договори та окремих видів договорів [114, с. 91]. Йдеться про те, що якщо розглядати договірне право лише в межах договору як підстави виникнення відносин, це буде штучно звужувати предмет правового регулювання договірних відносин, що ґрунтуються на загальних положеннях про договори. Особливістю зобов’язальних правовідносин, як зазначила науковець, є те, що сторони зобов’язання (кредитор та боржник) взаємодіють [114, с. 82].

Своєю чергою С.М. Бервено визнає договірне право генеральним інститутом цивільного права, а окремі види договірних зобов’язань – спеціальними інститутами (субінститутами), норми яких регулюють відносно самостійні договірні відносини за їх предметною ознакою [67, с. 53]. На його думку, до складу генерального інституту договірного права входять відповідні групи цивільно-правових норм, які визначають особливості регулювання окремих видів договірних відносин (купів-

лі-продажу, майнового найму, підряду тощо) та утворюють відносно автономні правові інститути (базові інститути), що функціонують у межах генерального інституту договірного права [157, с. 74]. Водночас у О.С. Яворської виникає доречне запитання, як за такого підходу виокремити інші генеральні інститути? [485, с. 53]

До цієї ж думки схиляється група вчених – авторів посібника «Договірне право» [157, с. 73–74], які зазначають, що значимість договірного права загалом у цивільному праві та вагомість сукупності договірно-регулюючих норм дають підстави підвищити місце договірного права в підгалузі зобов’язального права. Оскільки із 696 статей, що загалом регулюють зобов’язальні відносини, 517 статей присвячено загальним положенням про договір та окремим видам договорів. Вже це саме по собі є підставою для переосмислення місця договірного права в зобов’язальному праві [157, с. 73–74]. На думку науковців, усі норми ЦК, які вміщені в главах 52 «Поняття та умови договору», 53 «Укладення, зміна і розірвання договору», в розділі третьому «Окремі види зобов’язань», а також норми щодо договорів, розміщені в інших актах законодавства України, можуть бути цілком закономірно об’єднані в генеральний інститут договірного права в межах якого функціонують базові інститути [157, с. 73–74].

О. С. Яворська вказує на питання про співвідношення зобов’язального права як підгалузі цивільного права, його інститутів, норми яких врегульовують окремі види договірних зобов’язань: купівлю-продаж, дарування, довічне утримання, ренту тощо. Погляд на договірне право, як на окремий інститут цивільного права, без сумніву сприятиме підвищенню його значимості, проте наскільки такий підхід виправданий з прикладних

позицій: практичного застосування чи викладу навчального матеріалу. Адже від того, що договірне право визнане чи не визнане інститутом (генеральним) інститутом цивільного права його цінність не применшується. На цей час в цивілістичній науці практично усталеними є погляди на систему цивільного права, структурною базою є ЦК України. Структура цивільного права тісно взаємопов'язана і обумовлена іншими актами цивільного законодавства та звичаєвими, моральними нормами тощо [485, с. 156].

При цьому в науці підгалузь права визначають складовою частиною галузі, яка об'єднує норми, що регулюють суспільні відносини певного виду, а інститут регулює конкретний вид чи сторону однорідних суспільних відносин. [424, с. 106]. Інститутом є порівняно невелика, стійка група, складова частина галузі, в якій їх багато, але вони володіють відносною автономією, тому що торкаються в певній мірі самостійних питань [392, с. 397]. Також інститут права визначають як систему юридичних норм, що регулюють певну групу однорідних суспільних відносин у сфері цивільного обороту [450, с. 22].

Вчені-цивілісти виділяють такі підгалузі цивільного права: особисті немайнові права, речове право, право інтелектуальної власності, зобов'язальне право, спадкове право. У межах цих підгалузей права виділяють більш вузькі спеціалізовані утворення – інститути права: право власності в межах підгалузі речові права; окремих видів договірних зобов'язань (купівлі-продажу, дарування, ренти тощо); недоговірних зобов'язань (зобов'язання з публічного обіцяння винагороди, деліктні зобов'язання та ін.).

У межах окремих інститутів існують більш вузькі утворення – системи норм, в яких відображена специфі-

ка правового регулювання окремих різновидів суспільних відносин: договірні зобов'язання з роздрібної купівлі-продажу в межах інституту купівлі-продажу та ін. [485, с. 155–156].

Щодо місця договірного права в системі цивільного права ми схиляємось до точки зору, що договірне право є комплексним інститутом цивільного права. На такий характер інституту договірного права вказують різні галузі права (цивільне, земельне, господарське, банківське та ін.). Безсумнівним є їх цивілістичне походження, а норми, які розміщені поза межами актів цивільного законодавства виконують допоміжну роль, яка полягає у врахуванні особливостей регулювання договірних відносин в окремих видах діяльності [67, с. 52–52].

Договірне право як інститут має свою систему, що охоплює елементи, які визначають загальні положення про договір та його види. Система договірного права складається з загальної та особливої частин.

Загальна частина містить правові норми, що визначають поняття та ознаки договору, порядок укладення, зміни та розірвання договорів, їхню класифікацію. Серед загальних положень договірного права, закріплених у ЦК України, слід вказати на положення, що стосуються змісту договору (ст. 628), строку чинності (ст. 631), обов'язкової сили договору (ст. 629), укладення, зміну та розірвання договору, зокрема визначення понять «оферта», «акцепт» [242, с. 34]. Положення про окремі види договірних зобов'язань закріплено у підрозділі 1 розділу III Книги п'ятої ЦК України (ст.ст. 655–1143). Безумовно, договірних відносин стосуються й ті положення ЦК України, які визначають зміст та обсяг цивільної правосуб'єктності фізичних, юридичних осіб

та інших учасників цивільного обороту, норми про правочини, право власності, представництво, позовну давність тощо [241, с. 52]. Крім того, більшість загальних положень про зобов'язання, зокрема про способи їх забезпечення (неустойку, заставу, поруку, гарантію, завдаток, притримання), ґрунтуються на конструкції договору. Договори, зокрема ліцензійний і комерційної концесії, виступають як правові форми реалізації права інтелектуальної власності (глави 75 і 76 ЦК України). Спадковий договір дістав своє закріплення у главі 90 Книги шостої ЦК України «Спадкове право». Норми про цивільно-правові договори містяться в Сімейному, Земельному кодексах України та інших нормативно-правових актах [241, с. 52].

Особлива частина охоплює групи норм, які об'єднані метою, предметом та змістом того чи іншого договору. Елементами особливої частини договірної права є договори щодо передачі майна у власність та тимчасове володіння, користування, в господарське відання або оперативне управління; виконання робіт; надання послуг, зокрема з перевезення, надання банківських, страхових послуг, посередницькі договори та інші [370, с. 115].

Норми договірної права, які становлять основу всього зобов'язального права, безумовно, побудовано з урахуванням загальних принципів цивільного права (ст. 3 ЦК України). Як зазначає Л.Г. Паращук, принципи цивільного права слугують орієнтиром для всіх правовідносин, що існують у приватній сфері [311, с. 62]. Водночас у них можна виявити відповідність спеціальним принципам [157, с. 114].

Система принципів договірної права будується на основі ст. 3 ЦК України, в якій визначено основні заса-

ди цивільного законодавства: 1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; 2) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом; 3) свобода договору; 4) свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; 5) судовий захист цивільного права та інтересу; 6) справедливість, добросовісність та розумність, які можуть розглядатися водночас і як принципи. Також в науковій літературі запропоновано виділяти такі принципи як: принцип юридичної рівності, вільного волевиявлення, майнової самостійності учасників цивільних відносин [445, с. 21]; принцип юридичної рівності суб'єктів цивільного правовідношення перед законом [449, с. 15].

Справедливість, добросовісність та розумність, як принцип цивільного права, містить три складові, які взаємодоповнюють одна одну. Тільки їх поєднання найбільш повно розкриває сутність цього принципу. Законодавець, об'єднавши три категорії, вказує, що цивільні правовідносини мають відповідати всім складовим вказаного принципу [311, с. 64].

Особливе місце в системі принципів договірного права посідає принцип свободи договору, що полягає насамперед у вільному виявленні волі сторін на вступ у договірні відносини. Волевиявлення учасників договору має бути вільним, без жодного тиску з боку контрагента або інших осіб і відповідати їхній внутрішній волі. Зміст принципу свободи договору полягає у свободі особи вільно вступати в договірні відносини, самостійно обирати контрагента, самостійно визначати структуру й вид договірної зв'язку [285, с. 101].

Вказаний принцип виражається в таких основних положеннях. По-перше, сторони цивільних правовідносин самі визначають, укласти їм договір чи ні та з ким з партнерів вступати в договірні правовідносини, тобто вибір контрагента договору й вирішення питання про встановлення договірних відносин за ЦК України вирішують самі сторони договору. Як виняток з цього правила, закон може встановлювати певні обмеження щодо вибору контрагентів. По-друге, сторони самі обирають вид договору, який регулюватиме їх відносини. Сторони можуть обрати не обов'язково договір, передбачений законом, а й договори, які прямо не передбачені законом, крім тих, що суперечать його загальним засадам. По-третє, сторони самостійно визначають умови (зміст) договору, що відповідно до ст. 628 ЦК України означає право сторін договору на волевиявлення. По-четверте, під час дії договору сторони відповідно до закону мають право як змінити (повністю або частково) зобов'язання, що випливають із нього, так і припинити дію договору загалом, якщо інше не передбачене законом або самим договором [285, с. 101].

Іншими важливими принципами договірного права є принцип захисту прав кредитора, юридична рівність, самостійність та ініціативність учасників у здійсненні належних їм прав та ін.

Договірне право має загальногалузеві функції та функції, характерні для підгалузі зобов'язального права. Роль договірного права полягає в тому, що воно покликане впорядкувати звичайні майнові взаємозв'язки. Регулятивна функція договірного права проявляється у наданні учасникам врегульованих відносин можливості самоорганізації та саморегулювання. Охоронна функція

договірного права полягає у захисті майнових інтересів суб'єктів цивільних відносин [57, с. 65].

Варто погодитись з думкою О. С. Яворської, що договірне право вже вийшло за рамки традиційних уявлень про нього як про складову цивільного законодавства, цивільного права. Це пов'язано з тим, що сторони мають право укласти договір, не передбачений актами цивільного законодавства, а також відступити від положень актів цивільного законодавства та врегулювати свої відносини на власний розсуд [482, с. 156]. У тому випадку учасникам приватних відносин надають можливість самим виступати своєрідними «законодавцями» для себе, але в рамках, визначених правом [482, с. 157]. На практиці все частіше укладаються договори, прямо не передбачені законодавством, але такі, що не суперечать його загальним засадам. У доктрині цивільного права такі договори виокремлюють в окрему групу, даючи їм різні назви: «нетипові», «аномальні», «некваліфіковані», «договори незвичайного змісту» тощо. Однак найбільш поширеним їх позначенням в юридичній літературі став термін «непоіменовані договори», який зумовив відповідну класифікацію договорів на поіменовані та непоіменовані [207, с. 316].

Непоіменовані договори можуть укладатися в різного роду діяльності, наприклад, при наданні медичних та освітянських, телекомунікаційних та рекламних, а також при наданні різного роду побутових та розважальних послуг тощо [268, с. 172]. У непоіменованих договорах сторони самі повинні формулювати зміст договору та зобов'язань, при цьому вони можуть використовувати аналогію закону і загальні норми зобов'язального права, а також аналогію права, виходячи із загальних засад і природи цивільного законодавства, вимог доброто-

вісності, розумності та справедливості [157, с. 396–397]. Р.М. Гейнц визначає непоіменовані договори як договори, модель яких не передбачена в законі [111, с. 36].

Отже, договірне право як самостійний інститут цивільного права характеризується тим, що має свою систему, функції, принципи.

У науці цивільного права запропоновано таке визначення поняття договірної права: це системно упорядкована сукупність правових норм, розміщених у ЦК України, інших актах законодавства та норм-вимог, розміщених в інших джерелах права, які встановлюють принципи договірних відносин; правила та порядок укладення договору; зміст договору, тобто права та обов'язки сторін; порядок виконання договірних зобов'язань; правові наслідки неналежного виконання (невиконання) договірних зобов'язань і способи захисту порушених прав сторін договору [157, с. 81; 67, с. 55; 139, с. 208]. Подібні міркування висловлює Н.А. Данишіна, договірне право – це система цивільно-правових норм, що регулюють відносини, пов'язані з укладенням, змістом, формою, виконанням, зміною та припиненням цивільно-правового договору, а також інші відносини, засновані на договорі або пов'язані з ним [139, с. 208]. З таким підходом слід погодитися, водночас поняття договірної права є не повним, оскільки в ньому не відображено методи правового регулювання, а саме: юридична рівність учасників, диспозитивність у виборі поведінки учасників цивільно-правових відносин та ін. При цьому, як слушно наголошував В.В. Луць, завдяки договору забезпечується правове регулювання відносин майнового обороту на засадах юридичної рівності, вільного волевиявлення і майнової самостійності його учасників [243, с. 29].

На думку О.С. Яворської, договірне право – це система соціальних норм, встановлених учасниками цивільного обороту [485, с. 157]. Це занадто широке поняття, оскільки воно не відображає специфіку договірного права.

Договірне право – це сукупність цивільно-правових норм, які регулюють суспільні відносини шляхом досягнення відповідних домовленостей (компромісів) між юридично рівними особами [446, с. 211]. Однак, запропоноване поняття не розкриває специфіку договірного права, оскільки вказує на характерні ознаки цивільного права загалом.

Особливе місце договірного права зумовлено низкою ознак, що дозволяють виокремити джерела договір-ного права серед джерел цивільного права.

Особливість джерел цивільного договір-ного права пов'язана тим, що цивільні правовідносини виникають на підставі договору. При цьому особливими є предмет та метод правового регулювання цивільних відносин.

Предмет правового регулювання договірних відносин має низку ознак:

1) підставою виникнення є цивільно-правовий договір. Відповідно до ч. 1 ст. 626 ЦК України договір – це цивільно-правовий юридичний акт. Основними ознаками договору є: домовленість, тобто для його укладання має бути компроміс, збіг волевиявлення учасників; домовленість двох і більше осіб, тобто з волевиявлення лише однієї сторони договір не можливий; спрямованість на встановлення, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків [466, с. 211].

2) основними учасниками є сторони та треті особи. Йдеться не про те, що не всі суб'єкти цивільного права

можуть бути стороною договору. Це залежить від правової природи договору (наприклад, сторонами договору оренди державного майна можуть бути орендар та орендодавець, про які вказано в ст. ст. 5, 6 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» [377]; сторонами договору довічного утримання (догляду) є відчужувач і набувач, в якому відчужувачем є лише фізична особа (ч. 1 ст. 746 ЦК України); сторонами договору роздрібної купівлі-продажу є продавець та покупець, у якому покупець обов'язково має здійснювати підприємницьку діяльність (ч. 1 ст. 698 ЦК України) та ін.). Саме це визначає те, що договір є обов'язковим для застосування лише до конкретних учасників, якими є сторони;

3) предмет договору зумовлюється метою виникнення договірних відносин. Наприклад, метою договорів підряду є виконання роботи, а предметом – робота та її результат (ст. 837 ЦК України).

4) предметом регулювання є лише майнові відносини. Майнові відносини – це група суспільних зв'язків, яка відрізняється від інших груп за специфікою об'єкта – майна, яке відповідно до ст. 190 ЦК України є особливим об'єктом (окремі речі, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки) [452]. Є. В. Гузь майнові відносини трактує як вольові відносини щодо речей та інших матеріальних благ, які визначають правомочності власника майна, пов'язані з володінням, користуванням, розпорядженням майном, за умови, що ці правомочності набуто на законних підставах [134, с.117].

5) додаткове правове регулювання здійснюють спеціальні нормативно-правові акти (наприклад, при укладенні договору найму (оренди) земельної ділянки таким актом є Закон України «Про оренду землі» [338], а дого-

вору про оренду державного та комунального майна – Закон України «Про оренду державного та комунального майна»).

Особливість методу полягає у диспозитивності правового регулювання договірних відносин, оскільки у цивільному праві панує принцип свободи договору. Водночас для договірного права характерною є побудова правовідносин згідно з імперативними нормами. Це зумовлено тим, що законодавець встановлює окремі вимоги до змісту деяких договорів, такі вимоги мають значення:

1) сторонам обов'язково слід їх погодити та закріпити в договорі;

2) за загальним правилом сторони вільні у волевиявленні, крім випадків, передбачених законом (наприклад, предметом договору дарування можуть бути рухомі речі, в тому числі гроші та цінні папери, а також нерухомі речі (ч. 1 ст. 718 ЦК України); предметом договору довічного утримання є житловий будинок, квартира або їх частина, інше нерухоме майно або рухоме майно (ст. 744 ЦК України); щодо строку дії договору найму житла – якщо не встановлений строк у договорі, він вважається укладеним на п'ять років (ч. 1 ст. 821 ЦК України); щодо форми договору – договір купівлі-продажу земельної ділянки, єдиного майнового комплексу, житлового будинку (квартири) або іншого нерухомого майна укладається у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню, крім договорів купівлі-продажу майна, що перебуває в податковій заставі (ст. 657 ЦК України); договір дарування нерухомої речі укладається у письмовій формі та підлягає нотаріальному посвідченню (ч. 2 ст. 719 ЦК України); кредитний договір укладається у письмовій формі (ч. 1 ст. 1055) та інші договори;

3) свобода визначення змісту та строку договору, крім випадків, встановлених законом. Сторони самостійно визначають зміст договору, однак окремі вимоги мають значення істотних умов договору, таких, що становлять внутрішню форму джерела права. Наприклад, ст. 982 ЦК України визначає істотні умови договору страхування, ст. 15 Закону України «Про оренду землі» закріплює істотні умови договору оренди землі, ст. 18 Закону України «Про іпотеку» вказує на істотні умови іпотечного договору та ін. Окрім цього, сторони договірних правовідносин самостійно визначають строк дії джерела права, за винятком, передбаченим законом, наприклад, договору оренди земельної ділянки (ст. 19 Закону України «Про оренду землі») та договору оренди житла (ч. 1 ст. 821 ЦК України).

Важливий вплив на джерела договірних права як зовнішню форму вираження норм права мають норми моралі та норми природного права. Як доречно зазначив А.І. Дрішлюк, якщо раніше традиційними джерелами права вважали закон, підзаконні нормативні акти, тобто все фактично зводилося до джерел законодавства, то сьогодні цей перелік доповнено нормами природного права, нормами міжнародних договорів, звичаєм, договором [163, с. 361].

Як писав римський юрист Ульпіан, «природне право» – це те, якого природа навчила все живе, оскільки це право належить не лише людям, але й всім тваринам, що народжуються на землі й у морі, та птахам [433, с. 27]. Л.Ж. Морандьєр пропонував виділити такі ознаки природного права: 1) природне право є сукупністю вічних та незмінних норм. В його основі – уявлення про людину, про незмінність її характеру та основних потреб; 2) ці норми може розкрит розум людини [277, с. 36].

Природне право характерне не конкретному індивіду, а в усьому людству [254]. У зв'язку з цим постає питання природне право – «право природи» не саме по собі, а у нерозривному зв'язку з державним, позитивним правом. Позитивне право розглядають як: 1) вчення або сукупність концепцій, відповідно до яких природне право не залежить від влади, волі законодавця; 2) сукупність принципів і норм, що відповідають тій чи іншій концепції змісту природного права; 3) основне суб'єктивне право особи [254].

Отже, позитивне право не повинно суперечити природному праву, а має сприяти його охороні. Наприклад, право на життя походить з природного права, а охорону права на життя у разі його порушено забезпечена державним примусом, закріпленим у нормах позитивного права.

Погодимося з думкою А.І. Дрішлюка, що аналіз ЦК України дозволяє стверджувати, що його розробники визнали регулятором цивільних відносин норми моралі, які, втім, не набувають характеру правових норм [161, с. 35].

У ЦК України неодноразово використано категорію «моральні засади суспільства». Законодавець у межах диспозицій статей кодексу вказує на «необхідність додержуватись моральних засад суспільства» (ч. 4 ст. 13, абз. 2 ч. 2 ст. 319 ЦК України); щоб дії суб'єктів цивільних правовідносин «не суперечили моральним засадам суспільства» (абз. 2 ч. 1 ст. 19, ч. 4 ст. 26, ч. 1 ст. 203, ч. 2 ст. 300, ч. 2 ст. 1169, ч. 2 ст. 1242 ЦК України); відповідали інтересам держави і суспільства, його моральним засадам (ч. 3 ст. 228 ЦК України). Поряд із таким формулюванням законодавець використовує категорії «інтереси держави і суспільства» (ст. 228, ч. 5 ст. 319 ЦК України) [452].

Поняття «моральні засади суспільства» С.О. По-
грібний трактує як основні принципи суспільної моралі,
тобто визнану та підтриману більшістю членів суспіль-
ства систему життєвих принципів, поглядів, суджень,
оцінок людей, а також відповідних їм норм поведінки,
що відображають погляди, які склалися в суспільстві
про добро і зло, обов'язок, справедливість і несправед-
ливість, гідність і безчестя, про схвальність і ганебність
тощо [317, с. 24–25].

Частина моральних ідей може стати юридични-
ми нормами, тобто закріпленими в нормативних актах.
Окрім того, джерела права можуть містити загальні по-
силення до моральних категорій, без деталізації їхньо-
го змісту, щоб компенсувати суворий формалізм права
тими ознаками, які характерні для моралі [358, с. 47].
Мораль найближче пов'язана з правом через правосві-
домість, тобто погляди, ідеї, оцінки, що відображають
ставлення людей до права, правопорядку [295, с. 107].

У той же час право є засобом досягнення мораль-
но-гуманістичних ідеалів суспільства. Без уроків мо-
ральності, моралі, етики право немислиме [161, с. 36].
На думку Л. Гумпловича, право виникає за умов зіткнен-
ня різних соціальних елементів, коли суспільне ціле не
може бути стримане лише звичаями, при цьому мораль
одних не є одночасно мораллю інших [396, с. 37].

Вплив норм моралі на правотворчу діяльність
О.Ф. Скакун вбачає у тому, що норми права створюють-
ся з урахуванням норм моралі, які панують у суспільстві,
є формальним (офіційним) вираженням справедливості,
тому право в широкому розумінні являє собою мораль-
не явище. Крім того, норми права змінюються й розви-
ваються під впливом норм моралі. Норми права скасову-

ються у випадку їх невідповідності вимогам норм моралі, що панують у суспільстві. Щодо впливу норм моралі на правореалізаційну діяльність, то О. Ф. Скакун зазначає, що норми права оцінюють громадяни, які їх дотримуються, з погляду моралі [373, с. 266–267].

Оскільки джерело права є зовнішньою формою норми права, а норми моралі мають безпосередній вплив на норми права, то ми можемо вести мову про те, що норми моралі впливають на формування джерел права. Для того, щоб довести цю тезу необхідно визначити спільні та відмінні ознаки між нормами права та нормами моралі, що зроблено нами у тезах «Значення норм моралі як джерела цивільного договірного права» [305, с. 281–284].

Норми моралі та норми права поєднують спільні ознаки и: 1) вони виступають соціальними регуляторами, які встановлюють правила поведінки та відповідні санкції за їх порушення [393, с. 206]; 2) право та мораль впливають одне на одне. В основі права є мораль, оскільки право, яке не пов'язане з мораллю, суспільство не сприймає [393, с. 207]; 3) передбачають відносну свободу волі індивідів, визначають межі можливих та необхідних вчинків осіб, входять у сферу культури суспільства та виступають регуляторами для збереження та розвитку людини і суспільства [394, с. 292].

З іншого боку, між правом та мораллю є істотні відмінності: По-перше, за походженням, створення права передбачає волевиявлення суб'єкта – держави, ту або іншу форму її участі [393, с. 206]. Мораль створюється спонтанно (мимовільно) та не залежить від волі суб'єкта. По-друге, за формою, якщо право (за винятком правового звичаю) має форму документа (нормативно-правового акту, судового прецеденту, нормативного договору),

то моральні норми існують, як правило, в суспільній свідомості та проявляються вербально або через поведінку. По-третє, за сферою дії, мораль охоплює значно ширше коло відносин, на відмінну від права. Якщо право регулює лише найважливіші суспільні відносини, то предмет впливу моралі – майже всі сфери життя. По-четверте, за санкціями, за порушення норм моралі покарання передбачено з боку суспільства або окремих груп, а за порушення норм права карає держава [393, с. 207]. По-п'яте, за значенням відносин, що регулюються. Норми права, як правило, регулюють найбільш важливі суспільні відносини, норми моралі – не лише названі, але й інші (побутові відносини, відносини щодо особистості, її спілкування з іншими людьми). По-шосте, за способом встановлення. Правові норми встановлюються або санкціонуються державою. Норми моралі формуються соціальними групами людей [394, с. 291]. По-сьоме, за часом введення в дію, норми моралі вводяться в дію шляхом їх усвідомлення, а правові – відповідно до чітко визначених правил [394, с. 292]. По-восьме, способом закріплення, норми права закріплені, переважно, в актах державних органів, у свою чергу моральні норми та принципи містяться у свідомості людей, в суспільній думці, відображені в творах літератури, мистецтва, засобах масової інформації [295, с. 105]. По-дев'яте, за вимогами до суспільства, мораль, у порівнянні з правом, ставить більш високі вимоги. Право цікавить зовнішня складова поведінки. Мораль же вимагає поводитися передусім за велінням совісті, за внутрішнім переконанням. Мораль виступає як критерій оцінки права. Право, що не відповідає її вимогам, оцінюється негативно, морально не схвалюється, осуджується [364, с. 22].

Л. Ж. Морандьєр вказує на такі відмінності між нормами права та нормами моралі як: сфера дії норм моралі ширша за сферу дії права; норми моралі більш суворі ніж право; існують різні джерела походження права та моральності; наявність відмінностей між моральними та правовими санкціями [277, с. 30–31].

Вимоги права й моралі не завжди співпадають, а іноді суперечать один одному. Це можна пояснити різноманіттям соціальних відносин, взаємозв'язків, життєвих ситуацій, які не завжди можна оцінити однозначно. Суперечності між ними можуть бути викликані як об'єктивними, так і суб'єктивними чинниками розвитку суспільства. Мораль, на відміну від повільного і складного процесу правотворчості, є більш гнучкою і може досить швидко змінюватися. Тому право часто відстає від розвитку норм моралі, або просто не відповідає їм. Мораль орієнтує на певний взірець поведінки, моральний ідеал [367, с. 56].

На думку С. О. Погрібного, значення моральних засад суспільства щодо регулювання договірних цивільних відносин можна розглядати в трьох аспектах. По-перше, цивільне законодавство, перш за все, є таким, що регулює відносини засновані на близьких особистісних стосунках суб'єктів, тому його потрібно формувати з урахуванням цих моральних засад. По-друге, в окремих випадках цивільне законодавство визнає неможливість порушення моральних заборон та встановлюються наслідки за їх порушення. По-третє, моральні засади суспільства відіграють свою роль при тлумаченні оціночних понять, які вживаються у цивільному законодавстві та в цивільних договорах [317, с. 24–25].

Отже, норми природного права та норми моралі не є джерелами цивільного договірного права (позитивного

права), однак тісно з ними пов'язані, що виявляється у такому:

1) за змістом норми позитивного права не повинні суперечити нормам природного права та моралі, які є способом оцінювання складової джерел правотворчості; за наявності таких умов джерела права можна вважати недійсними повністю або частково (наприклад, цивільно-правовий договір про позбавлення життя людини визнається неукладеним, оскільки є законодавча заборона про позбавлення життя людини (ч. 2 ст. 281 ЦК України);

2) норми природного права та моралі впливають на прийняття норм позитивного права, зокрема вдосконалення процесів правотворчості (наприклад, згідно з ЦК України «зобов'язання припиняється смертю фізичної особи, якщо воно нерозривно пов'язане з його особою і не може бути виконано іншою особою» (ст. 608); у КТМ України закріплено такі норми: «не вважається порушенням договору морського перевезення вантажу будь-яке відхилення судна від наміченого шляху з метою рятування на морі людей, суден і вантажів» («девіація судна» – ст. 161), «збитки, яких зазнано внаслідок зроблених навмисно і розумно надзвичайних витрат або пожертвувань з метою врятування судна, фрахту і вантажу, що перевозиться на судні, від загальної для них небезпеки» («загальна аварія» – ст. 277);

3) норми природного права та моралі можуть мати юридичну силу в разі їх закріплення у джерелах права (наприклад, у ч. 1 ст. 281 ЦК України закріплено норму природного права: «Фізична особа має невід'ємне право на життя»).

Це дозволяє виокремити такі ознаки джерел цивільного договірної права: 1) обов'язковість застосу-

вання для конкретних учасників договірних правовідносин; 2) спрямованість на правове регулювання майнових відносин; 3) сторони договору є суб'єктами правотворчості, оскільки самостійно визначають умови договору з урахуванням обмежень, передбачених законом; 4) на процес правотворчості впливають норми природного права та норми моралі.

Джерела цивільного договірного права – це зовнішня форма вираження норм цивільного права, спрямованих на правове регулювання майнових відносин, що виникають на підставі цивільно-правового договору між конкретними особами, які є суб'єктами правотворчості з визначення умов договору, крім випадків, передбачених законом, із урахуванням вимог природного права та норм моралі [307, с. 81–86].

1.2. Види джерел цивільного договірного права

У юридичній науці на сучасному етапі немає єдиного підходу щодо видів джерел права, хоча ця проблема не є новою. Більшість науковців, досліджуючи співвідношення джерел права між собою, розглядали питання їх видів відповідно до певних критеріїв. Ця дискусія пов'язана зі складністю досліджуваної категорії, яка є багатоаспектною [313, с. 127]. Пропонуємо розглянути питання видів джерел права через категорію «система».

Перш ніж дослідити систему джерел цивільного договірного права, варто з'ясувати, як у науці трактують поняття «система». Цей термін походить з грецької мови від слова «*systema*», що означає «структурована цілісність, яка складається з певних елементів» [271, с. 950]. Варто зауважити, що єдиного підходу щодо розуміння

системи немає. У філософській та загальнотеоретичній науці є близько 50–ти визначень «системи» [271, с. 950].

У філософії права системний аналіз ґрунтується на таких принципах: цілісності, структурності, поліфункціональності, ієрархічності, багатоаспектності існування [426, с. 67]. Поняття система розглядають як ціле, складене з частин, як сукупність взаємозв'язаних елементів, цілісність [426, с. 67]. Система – це сукупність елементів і мережі зв'язків між ними, організованих певним чином [413, с. 9]. Система – це певна цілісність, єдність, що складається з взаємозв'язаних частин, кожна з яких робить свій внесок в унікальні характеристики цілого [213, с. 409]. Система – це порядок, зумовлений планомірним розташуванням частин, структурний ряд, зв'язне ціле [376, с. 529]. Система – це об'єднання різних складових в єдине ціле, елементи якого щодо цілого та інших складових (частин) займають відповідні місця [425, с. 415]. Система – це порядок, зумовлений правильним, планомірним розташуванням і взаємним зв'язком частин чого-небудь [95, с. 1126]. Р.О. Стефанчук виділяє такі ознаки системи: наявність певної множини елементів, системоутворюючих зв'язків та цілісність [382, с. 255–256].

Отже, система означає цілісність, яка характеризується наявністю невід'ємних, взаємозв'язаних складових частин (елементів), що певним чином впорядковані, мають свої особливості та займають відповідні місця.

У теорії права виокремлюють ознаки системи джерел права. Так, наприклад, Н.М. Пархоменко звертає увагу на такі ознаки системи джерел права: а) складається з багатьох різнорідних частин – підсистем джерел права – системи нормативно-правових актів, системи нормативно-правових договорів, системи правових пре-

цедентів, які взаємодіють завдяки системним зв'язкам; б) здатність до змін унаслідок впливу як з боку інших підсистем правової системи, так і з боку нормоутворених джерел права; в) у процесі розвитку переходить з рівня на рівень – від звичаєвого неписаного права – до писаного права, від фрагментарних нормативних сукупностей через кодифікацію – до складної динамічної системи; г) у процесі функціонування завдяки системним зв'язкам виявляються нові принципи правоположення; д) охоплює національну; ієрархічну та горизонтальну (галузеву) структуру; е) характеризується внутрішньою узгодженістю (взаємозв'язок та несуперечність джерел права); є) має суб'єктивно-об'єктивний характер; ж) відрізняється активним характером джерел права, що виявляється не лише стосовно системи права чи правової системи загалом, але й щодо безпосередньо пов'язаних із правом систем; з) наділена динамічністю [313, с. 183].

Л.А. Луць своєю чергою пропонує виокремити такі основні ознаки системи джерел права: 1) зовнішня форма системи права; 2) її первинним елементом є нормативно-правовий припис, через який формалізується та об'єктивується норма права; 3) нормативно-правові приписи взаємопов'язані та взаємоузгоджені; 4) вона є поліструктурним утворенням; 5) структурними частинами системи джерел права є нормативно-правові інститути, нормативно-правові галузі та інші системні утворення; 6) вона є нормативно-правовою організацією, необхідною для правового регулювання в будь-якому суспільстві; 7) нормативно-правові приписи об'єктивуються у відповідних зовнішніх формах права; 8) має динамічний, значною мірою суб'єктивний характер (залежить від діяльності суб'єктів правотворчості) [244, с. 196].

Ознаками системи джерел у межах окремої галузі права, зокрема трудового права, О.М. Ярошенко називає цілісність; численність джерел права та її елементів; самостійність кожного джерела права, що зумовлена сферою впорядкування і компетенцією нормотворця, який його прийняв; точно визначене становище кожного джерела трудового права в системі джерел цієї галузі; структурна впорядкованість елементів (джерел), що визначає їхні функціональні взаємозв'язки і взаємозалежності [488, с. 11].

З урахуванням цього можна виділити особливі ознаки системи джерел права: 1) зовнішня форма вираження права; 2) джерела права у системі взаємопов'язані та взаємоузгоджені; 3) внутрішня структура джерел права.

ЦК України побудовано за пандектною системою джерел права. Пандектна система виникла в XVIII–XIX ст. під час об'єднання німецькими правознавцями джерел римського приватного права Дигест Юстиніана («Пандекти» з грецької – те, що охоплює все). Від інституційної системи права пандектна відрізняється наявністю загальної частини з викладом норм наступних структурних розділів. ЦК України складається з шести книг, в залежно від сфери регулювання. Він є кодексом приватного права, тобто регулює відносини в приватній сфері. Якщо приватні відносини не врегульовано іншими спеціальним законодавчим актом, ЦК України застосовують за принципом субсидіарності, тобто більшої ефективності [361, с. 132].

Отже, для джерел договірної права характерна наявність джерел загальної дії (наприклад, ЦК України) та спеціальної дії (наприклад, Правила комісійної торгівлі). Якщо немає джерела спеціальної дії, застосовують джерело загальної дії. Важливо вказати на диспозитивність

формування системи джерел договірної права, оскільки на цей процес впливають насамперед учасники ділового обороту, а лише потім уповноважені державою органи. Це пояснюється значенням договору, звичаю, які є джерелом цивільного договірної права.

На думку А. І. Дрішлюка, систему джерел цивільного права України можна охарактеризувати як постпозитивістську. З одного боку, помітне домінування в масовій свідомості та юридичній практиці позитивістського підходу до розуміння права та його джерел. З іншого боку, наука та спільнота сприймає те, що система джерел цивільного права України не обмежується законами та підзаконними нормативно-правовими актами, тобто не всі джерела цивільного права закріплено в такому вигляді в позитивному законодавстві [163, с. 365].

А.Г. Бірюкова зазначає, що системний підхід до визначення джерел права базується на низці принципів. Це насамперед принцип цілісності системи, який означає, що створені в результаті поєднання різноманітних явищ нові якості не можливі без такого поєднання, та принцип різноманіття зв'язків системи з зовнішнім середовищем, засоби взаємодії з якими мають велике значення для правильного розуміння відносин, що усталені в самій системі. Ієрархічний характер джерел цивільного права притаманний системі нормативно-правових актів і виявляється в залежності, підпорядкованості, нерівності структурних елементів, що її створюють; кожний займає в ній певне, зумовлене юридичною силою та соціальним значенням місце [69, с. 82].

Зважаючи на це та з урахуванням цивільного законодавства, дослідимо джерела цивільного договірної права, які відображені в такій системі: нормативно-пра-

вовий акт, звичай, договір, судовий прецедент. Для визначення інших джерел цивільного договірної права дослідимо наукові підходи, що їх запропонували в літературі представники теорії права та цивілістами.

У кожній правовій системі світу переважають свої джерела права. Для англосаксонської правової системи характерним джерелом є правовий прецедент, у романо-германській джерелом права вважають нормативно-правовий акт, в мусульманській – релігійні пам'ятки [76, с. 48].

Історія розвитку української правової системи показує, що вона належить до континентальних систем права, де з часів римського приватного права та протягом усієї історії домінантною формою права був нормативно-правовий акт. С.І. Клім зазначає, що, можливо, саме тому протягом тривалого часу в науці заперечують очевидні факти, зокрема те, що судова практика (саме практика, а не прецедент, що є елементом судової практики) є додатковим джерелом цивільного права [203, с. 75].

Загалом у правовій системі помітний дисбаланс щодо різних джерел права: значення одних джерел права переважає над іншими. Основна проблема полягає в тому, що їхнє місце та роль у правовій системі, в тому числі юридичну силу, не визначено чітко, що породжує теоретичні та практичні розбіжності [63, с. 22].

Джерела права тих чи інших правових сімей є окремими підсистемами [254, с. 106], оскільки містять внутрішню розгалужену систему джерел права, які характеризуються ієрархією, внутрішньою узгодженістю та самостійністю.

Джерела права утворюють цілісну систему та активно взаємодіють між собою, які характеризується такою закономірністю: зниження значення одних джерел

є наслідком підвищення ролі та необхідності використання як механізму правового регулювання інших джерел [63, с. 21].

Джерела цивільного права мають різну юридичну силу та залежно від свого регулятивного впливу утворюють певну сукупність взаємозалежних і одночасно відокремлених актів, що формують ієрархію з певною внутрішньою системою [181, с. 38].

В основу системи джерел цивільного договірної права покладено загальні засади системи джерел теорії права. На думку Д.В. Храмова, джерела права в певній державі можна поділити на традиційні та нетрадиційні. Критерієм їхнього поділу є відповідність правовим традиціям, які сформовані та незмінні протягом тривалого історичного періоду. Правові традиції залежать від національно-історичного розвитку держави [441, с. 11]. Система нетрадиційних джерел приватного права містить такі складові: судовий прецедент, судову практику, правовий звичай, звичай ділового обороту, правову доктрину, основні засади (принципи) приватного права [441, с. 12]. Своєю чергою Н.В. Сильченко критерієм поділу джерел права на традиційні і нетрадиційні називає їхню поширеність в історичних та сучасних правових сім'ях. Традиційні джерела використовують в усіх без винятку історичних і сучасних правових сім'ях. Їхніми складовими є: правовий звичай, правовий прецедент, договір нормативного змісту, доктрина (наука), Святе Письмо і нормативний правовий акт. До нетрадиційних джерел права можна зарахувати всі інші джерела права, які офіційно визнано як сховища, резервуари чинних джерел позитивного права, але за більшістю суттєвих ознак не відповідають традиційним джерелам права [369, с. 49–59].

Традиційні та нетрадиційні джерела права неможливо ототожнювати однак і неможливе їх чітке розмежування. Традиційних джерел недостатньо, щоб регулювати суспільні відносини, тому виникнення нетипових джерел права є об'єктивним явищем, що відповідає потребам сучасного життя.

Кожна держава має певні офіційні джерела права, які формуються залежно від закладеної правової традиції. Важливу роль у цьому відіграють особливості становлення та розвитку публічної влади, культура, релігія. Також потрібно враховувати специфіку здійснення правосуддя. Особливості джерел права держави визначають її належність до тієї чи іншої правової системи [441, с. 3].

На думку Н. М. Пархоменка, джерела права слід поділити на загально-соціальні та формально-юридичні, оскільки традиційний поділ усіх джерел права на юридичні й матеріальні не дозволяє розглядати як джерела права суб'єктів правотворчості [313, с. 140].

М. М. Вопленко пропонує всі джерела права поділити на легальні та соціальні, з яких походять юридичні джерела. Критерієм первинного поділу всіх джерел на соціальні і легальні є суб'єкти та способи їх створення [106, с. 16–17]. Своєю чергою легальні джерела автор поділяє на встановлені державою та санкціоновані нею [106, с. 19].

На увагу заслуговує запропонований Н. В. Сильченком поділ джерел права на окремі види за різними критеріями:

1) за сферою походження – на внутрішньодержавні та міжнародно-правові. Ці дві групи відрізняються між собою за характером їх створення;

2) за юридичним значенням на основні та додаткові. Це поділ джерел права не за юридичною силою, до чого

ми звикли, а саме за юридичним значенням. До основних науковець відносить нормативно-правовий акт і договір нормативного змісту, а до додаткових – звичай, правовий прецедент, правову доктрину, Святе Письмо;

3) за історичними та функціональними параметрами – на первинні та вторинні;

4) за способами фіксації, тобто за зовнішньою формою закріплення чинного права, його норм – на письмові та неписьмові. Письмова форма – один з найважливіших засобів фіксації, зовнішнього вираження і закріплення чинного права. За допомогою письмової форми норма права отримує належне закріплення. Разом з тим значна частина навіть сучасного права виражається через інші форми – символи, знаки та ін., тобто неписані правові звичаї, «джентльменські» договори нормативного змісту та ін. Наприклад, правовий звичай і договір нормативного змісту можуть мати як усну, так і письмову форми. У цьому розумінні поділ джерел права на письмові та неписьмові не є бездоганим;

6) за способами надання юридичного значення – на офіційні (нормативно-правові акти, судовий прецедент, договір нормативного змісту) та неофіційні (правовий звичай, юридична наука, принципи права). Але, як видається, такий поділ джерел права, так само, як і їх класифікація на письмові (нормативні правові акти, правовий прецедент) і неписьмові (правовий звичай), є неточним;

7) залежно від типу і виду правових систем – на типові й нетипові. Такий поділ ґрунтується на характеристичі джерел прав у окремих правових систем через системно-структурні зв'язки. Також джерела позитивного права поділять на класичні й модифіковані [369, с. 49–59].

Цей поділ джерел права на окремі види взяла за основу О. С. Болгова, яка їх згрупувала за суб'єктами, що встановлюють правові норми, на такі види: а) правовий звичай; б) нормативно-правовий акт; в) судовий прецедент; г) договори нормативного змісту; д) принципи права і юридична доктрина; е) релігійні пам'ятки; ж) природне право [76, с. 49]. Крім того вчена розрізняє прямі та непрямі джерела права. До прямих вона віднесла договір нормативного змісту, міжнародні договори, загальновизнані принципи та норми міжнародного права, а до непрямих – акти застосування права та принципи права [76, с. 49].

У одному з підручників з теорії держави і права автори усі джерела права класифікують на дві групи: нормативно-правові акти (закони, укази, постанови, інструкції, договори) та інші джерела права ненормативного характеру (правові звичаї, судові прецеденти, рішення) [395, с. 288].

У юридичній літературі, залежно від впливу відносин на виникнення права, всі джерела права поділяють на три основні групи [443, с. 312]. До першої групи зараховують ті суспільні відносини, що вже склалися, зміст яких становлять взаємні права та обов'язки сторін і яким держава лише надає юридичної форми. Прикладом таких суспільних (договірних) відносин є відносини купівлі-продажу або міни, які виникають у найдавніші часи, а щодо міни, то вона виникає ще до появи держави та права, а відтак держава згодом закріплює у праві ті варіанти поведінки, що склалися у суспільстві. До другої групи зараховують ті джерела права, у яких держава закріплює або визнає відносини, які ще повністю не склалися, тим самим активно сприяючи їх розвитку. В

Україні прикладом таких відносин є відносини лізингу, а також застава (іпотека), які стали активно розвиватись після прийняття відповідних законів. Зокрема після прийняття Верховною Радою України 16.12.1997 р. Закону України «Про фінансовий лізинг» [344], відносини лізингу набули нових форм. Такий нормативний акт, хоча й не має недоліки, дозволив суб'єктам господарювання використовувати основні фонди у найбільш прийнятний для них спосіб. Нарешті, третю групу становлять відносини, безпосередньою основою виникнення яких стає юридична практика. Прикладом таких договірних відносин є нові договори пайової участі у будівництві, які й сьогодні не мають належного нормативного регулювання [73, с. 4].

В.А. Ватрас пропонує класифікувати джерела сімейного права так: 1) джерела сімейного права, які містять державно-правові приписи; 2) джерела, які містять соціально-правові приписи; 3) джерела сімейного права, які містять правові позиції [90, с. 84].

Встановлення або визнання державою того чи іншого джерела права має важливе юридичне та правозастосовче значення, оскільки лише закріплені в джерелах норми права можна застосовувати для регулювання відповідних відносин. Формально не закріплене джерело права, а також закріплені в ньому правила поведінки не мають юридичного значення [128, с. 59].

У юридичній літературі виокремлюють такі основні зовнішні форми джерел права: правовий звичай [395, с. 164; 477, с. 171; 397, с. 279–280]; нормативно-правовий акт [244, с. 193; 477, с. 171] або законодавство [128, с. 62], або нормативний акт [595, с. 164], або закон [248, с. 19]; правовий прецедент [244, с. 193; 477, с. 171;

397, с. 279–280] або судовий прецедент [395, с. 164]; правовий договір [395, с. 164] або нормативно-правовий договір [244, с. 193; 248, с. 19], або нормативний договір [397, с. 279–280].

Науковці пропонують виділити й інші джерела права, зокрема міжнародні договори та загальновизнані принципи і норми міжнародного права [294, с. 154]; правову доктрину [90, с. 590; 244, с. 193; 397, с. 279–280; 248, с. 19] або, як її ще називають, доктрину [395, с. 164], або юридичну доктрину [287, с. 403–405], юридичну науку [344, с. 268–274]; принципи права [395, с. 164; 244, с. 193] або правові принципи [397, с. 279–280], або загальні принципи права; релігійні тексти [387, с. 111; 395, с. 164] або релігійні норми [397, с. 279–280], або релігійно-правові норми [248, с. 19]; природне право [287, с. 403–405], акти референдуму та інші форми волевиявлення народу [397, с. 279–280; 62, с. 28]; міжнародно-правовий акт [248, с. 19]; правосвідомість [397, с. 279–280]; правову ідеологію [395, с. 287] та інші.

Щодо правового регулювання договірних відносин Т. В. Блащук виділяє нормативне (загальне) та індивідуальне регулювання. Джерелами нормативного (загального) регулювання є нормативно-правовий акт, правовий звичай, судовий прецедент, нормативний договір, а також загальні принципи права. Джерелом індивідуального регулювання, на думку Т. В. Блащук, є конкретний цивільно-правовий договір, зміст якого становлять сукупність умов, визначених на розсуд сторін і погоджених ними [73, с. 9].

Найдавнішим джерелом права називають правовий звичай, тобто правило, яке увійшло у звичку народу та дотримання якого забезпечує держава. Правовий звичай

можна вважати джерелом права, коли він закріплює відносини, що склалися протягом тривалого періоду часу, та його підтримує населення [395, с. 287].

Звичай тривалий час був єдиним видом права, аж до появи писемності та нової форми – закону або, як ще його називають, нормативно-правового акта. Саме його вважають основним джерелом права у більшості сучасних держав романо-германської правової сім'ї [248, с. 19].

Особливістю звичаєвих норм є те, що вони не встановлюються рішенням органів держави, а виникають унаслідок багаторазового застосування протягом століть, закріплюють досвід у свідомості людей і стають звичкою, соціальними нормами [313, с. 151].

Звичай – це соціальна норма, яка склалася внаслідок постійного та уніфікованого її застосування (повторення) [65, с. 235]. Стаття 7 ЦК України визначає звичай як правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних правовідносин. На ці ознаки додатково вказує Н. С. Кузнецова, звертаючи увагу на те, що усталеність правила означає, що звичай внаслідок його багаторазового застосування сприймається у суспільстві або у його значної частини як правило поведінки, якого дотримуються без додаткової формалізації, у тому числі з огляду на історичні, національні, суспільні традиції [282, с. 23].

У державах континентальної Європи звичай, як правило, доповнює закон. Проте часто звичай має вищу юридичну силу щодо закону. Так, наприклад, у Франції практика допускає застосування торгових звичаїв, які суперечать нормам цивільного права, а в Німеччині звичай, що діє на території всієї країни, скасовує закон [121, с. 34].

Відповідно до ч. 2 ст. 7 ЦК України звичай за своєю юридичною силою поступається як договору, так і нормам цивільного законодавства. Якщо він суперечить названим джерелам права, йдеться у ЦК України, його не застосовують [121, с. 34]. В історичній послідовності звичаєве право передує закону, але на практиці сьогодні закон займає перше місце, а звичаєве право – друге [466, с. 45].

Нормативно-правовий акт – письмовий документ, прийнятий компетентним органом держави або уповноваженим суб'єктом, що встановлює, змінює, припиняє або конкретизує норми права, містить розпорядження загального характеру й постійної дії, розрахований на багаторазове застосування [313, с. 161].

Нормативно-правові акти мають низку особливостей. Насамперед це державний характер. Держава наділяє органи, організації, посадових осіб правом приймати нормативно-правові акти, тобто правотворчою компетенцією. Вона ж забезпечує й реалізацію прийнятих нормативно-правових актів, включаючи і примусовий вплив на осіб, що ухиляються від їхнього виконання. Нормативно-правові акти приймають не всі, а суворо визначені суб'єкти, спеціально уповноважені на те державою. При цьому кожен суб'єкт правотворчої діяльності має межі своєї компетенції. Такі акти приймають з дотриманням певної процедури. Вони мають тимчасові, просторові та суб'єктні межі дії, завжди містять юридичні норми права, що й робить їх нормативними, тобто загальнообов'язковими [248, с. 19].

Сукупність нормативно-правових актів утворює систему нормативно-правових актів, яка має вертикальний і горизонтальний виміри [313, с. 162]. Для україн-

ського законодавства характерний горизонтальний вимір, тобто поділ на інститути і галузі законодавства.

Основу цивільного законодавства становить Конституція України та ЦК України. Їх потрібно враховувати під час прийняття будь-яких інших актів цивільного законодавства, а також актів законодавства, в яких передбачено регулювання договірних відносин у тій чи іншій специфічній сфері діяльності [67, с. 55]. Поряд із ЦК України джерелами правового регулювання договірних відносин є також інші закони, кодифіковані та підзаконні нормативно-правові акти. У ряді випадків ЦК України сам указує, які закони потрібно застосовувати до відповідних правовідносин. Наприклад, відповідно до п. 3 ст. 698 ЦК України до відносин за договором роздрібної купівлі-продажу за участю покупця-фізичної особи, не врегульованих ЦК України, застосовують законодавство про захист прав споживачів. Насамперед йдеться про Закон України «Про захист прав споживачів» [73, с. 6].

Законодавство характеризується внутрішньою ієрархією, де поряд із законами виокремлюють підзаконні нормативно-правові акти. Найбільше дискусійних моментів виникає під час визначення ієрархії підзаконних нормативно-правових актів. Більшість науковців до підзаконних нормативно-правових актів зараховують акти парламенту, глави держави, уряду й інших центральних органів виконавчої влади та органів виконавчої влади на місцях, органів місцевого самоврядування й локальні акти [52, с. 129].

Отже, це підтверджує тезу про те, що нормативно-правовий акт є основним джерелом цивільного договірного права.

У юридичній літературі більшість науковців до джерел цивільного права відносять судовий преце-

дент. При дослідженні питання судового прецеденту, М.М. Марченко дійшов висновку, що поняття прецеденту, як і будь-якого джерела права, досить складне та багатогранне поняття, яке відображає історичні, соціальні, політичні та інші традиції та умови існування того правового середовища, в межах якого прецедент виникає та функціонує [256, с. 97].

Динаміка розвитку нашого суспільного життя обумовлює те, що законодавець не встигає приймати правові норми для врегулювання усіх суспільних відносин, що виникають у державі, внаслідок чого судові органи в процесі вирішення конкретної цивільної справи змушені використовувати аналогію закону, права або застосовувати норми суміжного інституту та галузі [203, с. 76].

Р.Б. Сабодаш правовий прецедент визначає як джерело права, виражене у об'єктивованому рішенні органу держави, містить юридичний зміст або надає тлумачення щодо спірного питання, або ж вирішує не передбачені у законі питання, якому надається формальна обов'язковість при вирішенні всіх наступних аналогічних справ. Структура правового прецеденту містить три елементи: встановлення конкретних обставин справи, правові принципи, що застосовуються при її розгляді та вирішенні, та висновок у справі [359, с. 142–143].

На сьогодні судовий прецедент не закріплено у законодавстві, але він є основним джерелом права англосаксонської правової сім'ї. Щодо цього Т. А. Желдибіна зазначає, що в багатьох країнах Європи (наприклад, ФРН, Греції, Італії, Норвегії, Фінляндії, Швеції) судовий прецедент законодавство офіційно не визнає, але він є [173, с. 54]. Вчена звертає увагу на те, що діяльність вищих судових органів має важливе значення та впли-

ває на роботу органу законодавчої влади, оскільки саме на основі судової практики до нормативно-правових актів можуть вносити зміни та доповнення [173, с. 54]. На цьому положенні також наголошує М. М. Марченко [256, с. 105].

Суть судового прецеденту полягає у наданні рішенням суду нормативного характеру у конкретній справі. З судового прецеденту з часом можуть формувати норми законів [395, с. 288], що свідчить про тісний зв'язок між такими джерелами цивільного договірної права, як судовий прецедент та нормативно-правовий акт.

На думку Р.Б. Сабодаша, рішення ЄСПЛ є особливою формою прецеденту, створеною наднаціональним органом і обов'язковою для самого наднаціонального органу та держав-учасниць Конвенції, а також держав, що перебувають під юрисдикцією держав-учасниць Конвенції [359, с. 144].

У зв'язку з обов'язком держави виконувати рішення ЄСПЛ у справах проти України та необхідністю усунення причин порушення Україною положень Європейської конвенції Верховна Рада України прийняла Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини». У ст. 17 цього Закону встановлено, що [національні] суди під час розгляду справ застосовують Конвенцію та практику Суду як джерело права [359, с. 140].

За результатами правового аналізу рішень ВС України як джерела цивільного договірної права А. І. Дрішлюк зробив висновок про те, що такі рішення стають зразковими для вирішення аналогічних спорів у майбутньому. Саме «зразковість» є характерною рисою прецедентного застосування [с. 253]. Підтвердження цьому

науковому висновку знаходимо у Законі України «Про судоустрій і статус суддів», де у ч. 6 ст. 13 зазначено: «Висновки щодо застосування норм права, викладені у постановах ВС, враховують інші суди при застосуванні таких норм права» [342].

Відповідно до висновку ВС України у постанові №347/1910/15-ц, одночасне застосування штрафу й пені за порушення строків виконання грошових зобов'язань свідчить про недотримання положень, закріплених у ст. 61 Конституції. Це питання не було вирішено на рівні нормативно-правових актів.

Отже, можна виділити такі види судового прецеденту як джерела цивільного договірної права: 1) рішення ЄСПЛ; 2) правові позиції ВС.

Поряд із судовим прецедентом, у юридичній літературі виділяють окремо судову практику як джерело права. На думку А.І. Дрішлюка, констатувати наявність судової практики можна лише у тому разі, якщо за однорідною категорією справ суди всіх рівнів приймають однакові рішення. До цього моменту ми можемо лише вести мову про наявність рішень суду певної інстанції, які лише механічно можна визнавати судовою практикою [160, с. 251].

За висновком С. І. Клім, судова практика виконує три функції: правозастосовну, інтерпретаційну та правотворчу [203, с. 76]. Основною є саме правозастосовна практика. На думку вченої, суди, застосовуючи право, що є особливою формою реалізації права [203, с. 76], виконують інтерпретаційну функцію [203, с. 78]. Правотворча функція, на її думку, не є основною функцією судової практики. Безсумнівно, діяльність суду не може бути безпосередньо спрямована на створення норм пра-

ва, тому очевидно, що виконання судовою практикою цієї функції вже за результатами правозастосовчої та інтерпретаційної діяльності судів є додатковою [203, с. 78].

Актом індивідуального правового регулювання є цивільно-правовий договір, що його укладають конкретні особи для врегулювання договірних відносин. Договір як документ, що містить договірні норми, є не лише актом індивідуального правового регулювання, а й джерелом права. Відповідно до ст. 6 ЦК України сторони мають право врегулювати у договорі, який передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, які не врегульовані цими актами, а також можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд [73, с. 8]. На думку А. С. Довгєрта, у такий спосіб сторони договору створюють для себе «своє право» [153, с. 64].

У нормативно-правовому договорі, як зазначає Б. Б. Балданова, на відміну від нормативно-правового акта, встановлюють правову норму спільно, як мінімум, два суб'єкта правотворчості. В цьому випадку договірна норма – це погоджена норма [213, с. 13]. А. Г. Бірюкова такі договори зараховує до моно-норм, оскільки вони регулюють відносини лише винятково між їхніми учасниками [70, с. 90].

Окремо визначимо роль міжнародного договору в регулюванні цивільних відносин в Україні, яка стрімко збільшується не тільки внаслідок здобуття Україною незалежності [273, с. 45]. Такий стан віддзеркалює процеси глобалізації всіх аспектів життя, процеси правової уніфікації та гармонізації. Міжнародні договори все частіше містять норми, які регулюють не міжнародні (міждержавні або міжнародні приватні) відносини, а внутріш-

ні цивільно-правові відносини. Такі норми застосовують як норми власне міжнародних договорів, вони не потребують будь-якої трансформації у внутрішнє право [153, с.14].

На особливу увагу заслуговує правова доктрина, оскільки порівняно з іншими джерелами її вплив на правову систему є мінімальним. Але так було не завжди. Наприклад, у Стародавньому Римі правову доктрину офіційно санкціонувала держава, доктрина тут була чинною на рівні з іншими джерелами права. Також правова доктрина (представлена думками авторитетних мислителів) відігравала та продовжує відігравати важливу роль в ісламському праві, де, як правило, в ієрархії джерел права займає найвище місце [63, с. 25].

Л.О. Корчевна вказує на те, що одним із здобутків європейської та світової ліберальної правової думки є визнання доктрини джерелом або формою права. Авторка зазначає, що в історії романо-германської правової сім'ї простежується домінування різних джерел права. Так, наприклад, у первісному суспільстві та ранньому середньовіччі панівним джерелом права був звичай. Упродовж XII–XVIII ст.ст. панівне місце посідала правова доктрина; в XIX ст. домінував закон; нині має місце різноджерельне право, в якому домінують загальні принципи права, виражені як в кодифікованому, так і некодифікованому праві [220, с. 19].

Доктрина (лат. «*doctrina*») за змістом означає вчення, зокрема наукове, філософське, політичне, військове тощо; це теорія, система поглядів, теза, принципи, світогляд [289, с. 581; 96, с. 183; 297, с. 751].

На думку Л. А. Ковальнової, правова доктрина є первинним, основним джерелом права, якому мають від-

повідати інші джерела права, в тому числі Конституція та закони. Вчена зазначає, що доктрина має бути пріоритетною над іншими нормативно-правовими актами в певній сфері суспільного життя, оскільки вона визначає принципи, цілі, напрямки розвитку суспільства. Важливою є роль доктрини у встановленні тих методів, за допомогою яких тлумачиться закон та створюються правові поняття [204, с. 83].

На противагу вищезгаданому підходу, більшість науковців не визнають правову доктрину як джерело права, однак існує й інший підхід, на їх думку, правова доктрина є допоміжним, додатковим джерелом права, покликаним заповнити прогалини у праві. Доктрина передує закону, але не доктрина вважається джерелом права, коли законодавець фактично відтворює первинний доктринальний текст; первинним джерелом права визнається закон, і суди, зрозуміло, посилаються на закон, а не на доктрину. Аналогічно суд, уперше посилаючись на якесь доктринальне положення, створює прецедент. Наступне застосування і тлумачення цього положення, офіційно санкціонує, вводить його (але не доктрину) в правову систему, і надалі суди посилаються на встановлений прецедент. Отже, і в цьому випадку доктрина не є первинним джерелом права, хоча доктринальний текст первинний щодо тексту прецеденту. У цьому контексті говориться, що доктрина виступає як «непряме джерело права» [137, с. 106].

Ми вважаємо, що правова доктрина не виступає джерелом цивільного договірної права. Так, з одного боку доктрина може сприяти законотворенню, оскільки розробки науковців є актуальними та відповідають сучасним реаліям. З іншого боку, коли йде мова про вирі-

шення судових спорів, правова доктрина не може виступати джерелом права, оскільки наукові підходи з одного і того ж питання можуть бути тлумачитися по-різному, що може призвести до зловживання правом.

Досліджуючи питання джерел сімейного права, В. А. Ватрас також зараховує правову доктрину до допоміжних джерел, при цьому науковець пропонує внести зміни до СК України та передбачити можливість застосування правової доктрини для вирішення судом сімейних спорів [90, с. 590–591]. З такою позицією вченого важко погодитися. Як слушно зазначає І. В. Спасибо-Фатєєва, «є множинність проблем і варіативність їх вирішення, а кожен з авторів є особистістю, що має своє бачення того чи іншого питання» [453, с. 6]. На її думку, «у такій ситуації важко запропонувати єдино можливий та універсальний варіант, підхід або відповідь на питання щодо використання статей ЦК» [453, с. 6].

На противагу цьому підходу, більшість науковців не визнають правової доктрини як джерела права, однак є й інший підхід, відповідно до якого правова доктрина є допоміжним, додатковим джерелом права, покликаним заповнити прогалини у праві. Доктрина передує закону, але не доктрина вважається джерелом права, коли законодавець фактично відтворює первинний доктринальний текст; первинним джерелом права визнається закон, тому суди, зрозуміло, посилаються на закон, а не на доктрину. Аналогічно суд, уперше посиляючись на певне доктринальне положення, створює прецедент. Наступне застосування і тлумачення цього положення, офіційно санкціонуючи, вводить його (але не доктрину) в правову систему, і надалі суди посилаються на прецедент. Отже, і в цьому випадку доктрина не є первинним джерелом

права, хоча доктринальний текст первинний щодо тексту прецеденту. У цьому контексті очевидно, що доктрина є «непрямим джерелом права» [137, с. 106].

Ми вважаємо, що правова доктрина не є джерелом цивільного договірної права. Так, з одного боку, доктрина може сприяти законотворенню, оскільки розробки науковців є актуальними та відповідають сучасним вимогам. З іншого боку, коли йде мова про вирішення судових спорів, правова доктрина не може бути джерелом права, оскільки наукові підходи з одного і того ж питання можуть бути тлумачитися по-різному, що може призвести до зловживання правом [303, с. 124–130].

1.3. Дія джерел цивільного договірної права

Важливою запорукою державотворення будь-якої держави є впорядкування суспільних відносин, що здійснюється за допомогою права. Забезпечення правового регулювання тісно пов'язане з правильним застосуванням і чітким визначенням меж дії джерел права.

В енциклопедичному словнику поняття «дія» у філософському значенні потроковано як «буття», «функціонування». Що стосується юридичного значення, то дія (англ. *action / act*) у праві – це юридичний факт, який виникає з волі людей, тобто є волевиявленням, внаслідок якого виникають, змінюються чи припиняються правові відносини, залежно від відповідності чи невідповідності праву [405, с. 228].

В українській літературі та законодавстві поряд із поняттям «дія» використовують поняття «сила» та «чинність», які стосуються більше нормативно-правового акта й часто розглядаються як синоніми. Цього робити

не слід, оскільки поняття «сила» і «дія» є взаємопов'язаними, але не тотожними.

Дія закону означає стан функціонування приписів закону (нормативного акта) у певний період часу, тобто від часу набуття чинності до часу їх припинення [472, с. 63]. Л. В. Гульченко визначає дію закону як фактичне виконання тих приписів, що в ньому містяться [135, с. 515].

Це питання було предметом значної кількості досліджень, з яких привертає увагу позиція М. О. Теплюка, який відзначає, що логіка пізнання феномену дії закону потребує з'ясування: по-перше, того, що означає «дія права»; по-друге, зіставлення права і закону в сукупності їхньої дії; по-третє, загальносоціальних аспектів дії закону і виокремлення з них правових аспектів дії закону. Науковець переконаний, що з'ясування цих моментів дасть змогу сформулювати теоретико-правове поняття «дії закону» [402, с. 7].

Оскільки закон хоч і має вищу юридичну силу та регулює найважливіші питання суспільного життя, все ж він має багато спільних ознак із іншими джерелами права, які, своєю чергою, відіграють не менш важливу роль у врегулюванні суспільних відносин.

У теорії права чітко не визначено поняття «дія права» та «дія нормативно-правового акта», фактично зведено дію права до дії нормативно-правового акта. У цьому випадку ігнорується те, що правове регулювання не обмежується тільки нормативними актами, а порівняно з ними таке регулювання охоплює більшу кількість індивідуальних правових актів, які також впливають на поведінку людей у процесі правового регулювання і, поза сумнівом, є проявом дії права [401, с. 183].

Однак не можна ототожнювати поняття «дія права» та «дія нормативно-правового акта», між ними є суттєві відмінності саме юридичного характеру.

Слід зазначити, що частково дія права зводиться до дії нормативно-правових актів, передусім законів. У цьому випадку «дія» є лише умовним поняттям, оскільки, в першу чергу, ми маємо на увазі юридичної сили нормативно-правового акта, що дозволяє вважати його обов'язковим для всіх суб'єктів, яким цей акт адресується з певного часу та у визначених територіальних кордонах. Юридична сила нормативно-правових актів виражає здатність акта діяти та вказує на його державно-вольове визнання.

До сьогодні в Україні на законодавчому рівні так і не визначено дефініцій «дія нормативно-правових актів», «дія права». Ці поняття не висвітлено й у юридичній літературі. Більш вдале визначення дії нормативно-правового акта наводять Р. А. Ромашов, Н. М. Пархоменко, С. М. Легуша та Г. Н. Муртазаєва: «Дія нормативно-правового акта – динамічна характеристика дотримання приписів нормативно-правових актів, що складається із сукупності зовнішніх факторів, які здійснюють регулятивний вплив нормативно-правового акта на врегульовані ним суспільні відносини [400, с. 62]. Рівень досягнення правових завдань щодо чинності нормативно-правових актів у різноманітних сферах правової регуляції свідчить про ефективність дії права.

Дія норми права виражає сутність права, тобто саме право виявляється в його дії. Призначення категорії «дія права» полягає у тому, щоб відобразити всі можливі форми вияву права. Однак, через складність та багатоаспектність розуміння феномену права на сьогодні зали-

шається нерозв'язаною проблема визначення змісту дії права. Серед напрацювань юристів про дію права можна виокремити позицію В. С. Нерсисянца, який вважає, що дія права – це сукупність всіх форм вияву його юридичної сили, тобто офіційної, державно-владної загальнообов'язковості властивості самих норм права та прийнятих на їх підґрунті нормативно-правових актів, і права загалом як системи норм [286, с. 475].

На увагу заслуговує позиція Н. М. Оніщенко, яка розкриває дію права через форму застосування функцій права: «Це змістовно-динамічна складова права, яка характеризує фактичну можливість його властивостей здійснювати регулятивний (спеціально-юридичний), інформаційно-психологічний (мотиваційний), виховний (ідеологічний, педагогічний) та соціальний впливи на учасників суспільних відносин» [149, с. 5].

Отже, право має формальний вираження і закріплюється в джерелах права. Йдеться про їхню дію, яка обмежена в часі (строк дії або час, протягом якого джерело права має юридичну силу), у просторі (територія, на яку поширюється дія джерела права), за колом осіб (суб'єкти, щодо яких діють джерела права, внаслідок чого в них виникають права та обов'язки).

Законодавство будь-якої держави складається з правових норм, метою яких є регулювання суспільних відносин, у тому числі й тих, що становлять предмет цивільного права. Регулюючи суспільні відносини, у цивільному законодавстві повинні бути відображені та належним чином закріплені саме актуальні суспільні відносини, що обумовлено динамізмом розвитку норм права. Це призводить до періодичного оновлення та введення в дію нових норм права та набуття ними чинності,

що приходять на зміну застарілим. Наведений аспект доводить важливість визначення моменту вступу в дію тієї або іншої цивільно-правової норми та визначення сфери відносин, на яку вона буде поширюватися. Задля детального аналізу наведеного положення, проаналізуємо такі характеристики джерел права, як їхня дія у просторі, часі та за колом осіб.

У науковій літературі однією з невід'ємних властивостей джерел права називають її дію в просторі. Під «простором» розуміють територію тієї держави, до правової системи якої належить норма права.

Питання про дію джерел права у просторі (в загальнотеоретичному аспекті) сприймається юридичною наукою як цілком вивчене, однозначне, яке не викликає особливих труднощів і тому не вимагає додаткових досліджень. Однак така однозначність є удаваною. Не всі джерела права мають таку властивість, як дія в просторі. Частина правових норми можуть мати властивості дії у часі та за колом осіб.

Наукові доробки щодо дії норм права в просторі у цілому зводяться до трьох блоків. Перший – це література про наявність у норм права і нормативних правових актів такої властивості, як дія в просторі, й саме поняття простору. Цим питанням присвячена література загальнотеоретичного характеру [45, с. 519]. Другий блок стосується проблем визначення території, на якій діє правова норма. Ці питання активно досліджувалися як у загальнотеоретичній літературі, так і в доктрині окремих галузей права [183, с. 4; 470, с. 82; 186, с. 36]. Третій блок – екстериторіальність дії правових норм. Ця проблема розглядається в основному в міжнародному праві, міжнародному приватному праві [363, с. 670]. Наукових досліджень, пред-

метом яких є питання, в яких розглядаються обов'язкові характеристики норм права, що дозволяють їм діяти в просторі, а також питання про неможливість деяких норм діяти в просторі виявити не вдалося.

Вчені користуються як поняттям «дія норми права в просторі», так і поняттям «дія нормативного правового акта в просторі» [45, с. 520]. На наш погляд, більш коректним є перше поняття, що акцентує увагу на дії саме норми права, оскільки нормативно-правовий акт – це лише формальне джерело правових норм. Зміст нормативно-правового акта становлять норми права, які є первинним елементом нормативного акта. З огляду на це в подальшому ми будемо користуватися більш вдалим, на наш погляд, поняттям «дія норми права в просторі».

У науковій літературі територією держави позначають сухопутну територію, тобто всю сушу в межах державних кордонів, водну територію, до якої належать внутрішні (національні) води (включаючи морські води, води портів, води заток) і територіальне море відповідно до міжнародного права, а також повітряний простір над зазначеними територіями [58, с. 21].

У енциклопедичних словниках відсутнє тлумачення терміну «територія», однак розкривається поняття «територія державна» як юридична дефініція: «... відповідна частина земної поверхні, що перебуває під суверенітетом конкретної держави та відділяється від територій інших держав державним кордоном. Включає твердь, внутрішні води, надра, територіальні води та повітряний простір над ними» [380, с. 1338]. Звідси випливає, що поняття «територія державна» відповідає частині земної кулі, на котрій держава здійснює сукупність своїх повноважень, котрі впливають з її суверенітету.

Слід зазначити, що територія державна – це не лише частина земної поверхні (включаючи суходіл, внутрішні й територіальні води, підвладні державі острови, надра під ними, анклави, континентальний, а також повітряний простір над її суходолом і водами), а й просторовий базис, на якому розгортаються всі види людської діяльності, все те, що з'явилося на ній у результаті цього, сукупність різноманітних ресурсів, середовище своєрідної взаємодії природи, людини і виробництва [152, с. 48].

Загалом, державний кордон України, якщо інше не передбачено міжнародними договорами України, встановлюється:

- на суші – за характерними точками і лініями рельєфу або ясно видимими орієнтирами;
- на морі – за зовнішньою межею територіального моря України;
- на судноплавних річках – по середині головного фарватеру або тальвегу річки;
- на несудноплавних річках – по їх середині головного рукава річки;
- на озерах та інших водоймах – по прямій лінії, що з'єднує виходи державного кордону до берегів озера або іншої водойми.

Державний кордон України, що проходить по річці, озеру чи іншій водоймі, не переміщується як при зміні обрису їх берегів або рівня води, так і при відхиленні русла річки в той чи інший бік;

- на водосховищах гідровузлів та інших штучних водоймах – відповідно до лінії державного кордону України, яка проходила на місцевості до їх завершення;
- на залізничних і автодорожніх мостах, греблях та інших спорудах, що проходять через прикордонні ділян-

ки судноплавних річок, – по середині цих споруд або по їх технологічній осі, незалежно від проходження державного кордону України на воді [216, с. 18].

До території держави, на яку поширюється чинність її джерел, зазвичай зараховують й територію її закордонних посольств, консульств, представництв, місій, територію її літаків, які знаходяться за межами держави, територію її торговельних кораблів у відкритому морі (в океані), а також військових кораблів, що перебувають за кордоном.

До території держави прирівнюють морські та річкові судна (військові та торговельні), що законно несуть прапор своєї держави, які перебувають у відкритому морі і, за деякими винятками, в іноземних портах. До території держави прирівнюють повітряні та космічні апарати, що мають розпізнавальний знак своєї держави, а також деякі інші об'єкти (трубопроводи та інші споруди), які належать державі й розташовані в межах так званої міжнародної території [258, с. 158].

Враховуючи це, можемо констатувати, що дія джерел права у просторі відбувається відповідно до територіальних та екстериторіальних принципів права.

Територіальна дія нормативно-правового акта зумовлена та обмежена територією держави (Україна) або окремого її регіону (АРК), або адміністративно-територіальної одиниці, тобто тією територією, на яку поширюються владні повноваження органу, що його видав [373, с. 378].

Щодо екстериторіальної дії (франц. «*extritorialite*», від латин. «*ex*» – поза та «*territoralis*» – той, що стосується території), передбачено вилучення, звільнення певних територій держави від дії її законів та поширення

замість цього на зазначені території законодавства інших держав (норми можуть регулювати дипломатичні представництва, консульські приміщення та архіви консульства іноземної держави, військові частини (військово-морські бази), літаки та кораблі, що перебувають на території іноземної держави за спеціальним дозволом).

Зазначимо, що сьогодні в умовах світової економічної глобалізації посилюються зв'язки між державою та її громадянами в різних сферах життя, зокрема це можуть бути питання еміграції та імміграції, правове регулювання яких не може бути підпорядковане лише одній правовій системі, оскільки стосується правових відносин з іноземцями. Окрім того, предметом суспільних відносин можуть бути речі, які знаходяться за кордоном; юридичні факти, пов'язані з настанням, зміною чи припиненням правовідносин, які виникли за кордоном. Такі правовідносини не можна врегулювати лише нормами правової системи однієї держави. У цьому випадку кожна держава може вибирати: або застосовувати національні закони, або законодавство іншої зацікавленої держави – такий вибір є цілком добровільним.

Водночас жодна держава сьогодні не може відмовитись застосовувати іноземні правові акти, оскільки така відмова може мати наслідком застосування відповідних заходів зі сторони інших держав. Крім того, в окремих випадках державі слід застосовувати саме іноземне, а не внутрішнє законодавство [327, с. 66].

Отже, екстериторіальність означає, що на території однієї держави визнають та застосовують законодавство іншої держави. Але застосування іноземного законодавства та, як наслідок, визнання принципу екстериторіальності – це виняток, який можливий лише на міжнародно-

му рівні та в міждержавних відносинах. В основі екстериторіальності лежить добровільність та взаємність держав.

Зазначимо, що наявність у певних відносинах іноземного елемента не призводить до автоматичного застосування норм законодавства іншої держави. Дозвіл на застосування іноземного законодавства дає національний законодавчий орган, тому формально-юридичною підставою визнання та застосування права іноземної держави на своїй території є відповідні норми закону або міжнародно-правові договори.

Бувають випадки, коли держава може використовувати іноземне законодавство в односторонньому порядку, розраховуючи на те, що у разі виникнення подібних відносин в іншій державі правове регулювання здійснюватиметься відповідно до її законодавства [350, с. 66].

Дотримання принципу територіальності більш властиве конституційному, адміністративному, кримінальному, процесуальному законодавству. Дія екстериторіального принципу має важливе значення в цивільному, господарському, сімейному праві. У такий спосіб держава дозволяє собі відходити від принципу територіальності акта тлумачення здебільшого у приватно-правових відносинах. Підставою для такого вибору може бути безпека держави, основи встановленого в ній правопорядку тощо. Наприклад, у ст. 12 Закону України «Про міжнародне приватне право» зазначено, що норму права іноземної держави не можна застосовувати, якщо це може призвести до наслідків, явно несумісних з основним правопорядком (публічним порядком) України [335].

Щодо дії норм права за просторовою ознакою важливо враховувати ще один аспект. Нормою права є загальнообов'язкове правило поведінки. Це означає, що

суб'єкт, який прийняв норму права, повинен мати можливість забезпечити її примусове виконання або забезпечити настання наслідків її недотримання. В іншому випадку норма права втратить прескриптивний характер, і буде не «загальнообов'язковим правилом», а у кращому випадку буде мати рекомендаційний характер.

Можливість забезпечити дотримання норми має та особа (орган), яка має владу, тобто наділена здатністю нав'язувати свою волю іншому суб'єкту, підпорядковувати його діяльність собі [45, с. 520]. У суспільстві є безліч різновидів влади, проте тільки одна з них має територіальну ознаку, тобто поширюється на певну територію. Це публічна влада, а її різновидом є державна влада та влада територіальної громади.

Отже, поширити дію джерела права на будь-яку територію може тільки суб'єкт, який має владу на певній території. Територіальність – виняткова ознака публічної влади. Саме тому прийняти норму права, яка має таку властивість, як дія у просторі, може тільки суб'єкт, що володіє публічною владою.

Досліджуючи питання дії джерела права у просторі, науковці досліджують дію законів більшості держав, що простягається за межі території. При цьому в зарубіжній літературі часто розмежовують екстериторіальність і екстратериторіальність права. У першому випадку мова йде про дипломатичні імунітети відповідно до міжнародного права. У другому – мається на увазі визнання й застосування іноземного права, тобто є поширення юрисдикції за межі кордонів держави, що може розглядатись як «встановлення міжнародного сервітуту шляхом закріплення національного принципу над територіальним принципом».

У цьому випадку мова йде про зіставлення загального і приватного. Спільне тут те, що у відносинах певних осіб, речей і установ діє іноземне право та обмежується державою національне право. Дипломатичний імунітет – лише окремий випадок цього загального.

Загалом поняття «екстериторіальність» використовується тоді, коли мова йде про дію юридичних норм за межами держави, яка їх прийняла, або коли мова йде про імунітети, тобто про звільнення від юрисдикції будь-якої держави, на тій підставі, що особа перебуває на території тієї держави, громадянином якої вона є.

Окрім того, екстериторіальність права означає ще й визнання права. Н. В. Трігубович під екстериторіальністю має на увазі застосування іноземного права, яке передбачає надання юридичного значення нормам права, що належать іншій правовій системі, ніж правова система держави, та наділена особливістю, яка знаходить вияв у відсутності зв'язку між правом держави, яке має застосовуватися, та державою, на території якої реалізується правозастосовний процес [416, с. 200].

«Екстериторіальна дія закону має місце й у тих випадках, коли законом визнається можливість застосування юридичних норм певної держави до громадян та організацій, які перебувають в іншій державі» [41, с. 112].

Дещо по-іншому визначає екстериторіальність Д. І. Морозов, який зазначає, що екстериторіальна норма – це норма національного права, що не належить до традиційних приватноправових інститутів, яка в силу прямої вказівки в законі щодо її дії лише на території цієї держави, повинна застосовуватися до приватних правовідносин, де б вони не виникли [278, с. 98].

Варто мати на увазі, що екстериторіальність норми означає не регулювання правовідносин, що виникли за кордоном, а саме поширення норм національного права на відносини, що виникли за кордоном.

Наступною важливою характеристикою джерела права є його дія в часі. Невизначеність у часових межах дії джерела права унеможлиблює його належне застосування. Це може мати вияв у випадках фактичного скасування (заміни) джерела права або під час виникнення колізій з джерелом права, яке має вищу юридичну силу. Подібні ситуації негативно впливають на стан законності та не гарантують єдності правозастосовчої практики (в тому числі юридичної). Вищенаведене обумовлює важливість визначення дії джерела права у часі.

Набуття джерелами права чинності означає початок регулювання ним суспільних відносин та набуття загальнообов'язкового характеру з огляду на наявність у нього юридичної сили.

Останньою характеристикою меж дії джерел права є їх дія щодо кола осіб. Так, наприклад, джерела права поширюються на всіх осіб, які перебувають на території держави. До таких належать фізичні та юридичні особи, держава, територіальні громади, а також іноземці, особи без громадянства та іноземні юридичні особи, якщо інше не передбачено законом. В окремих випадках, коли обмежується територія дії джерела права, його дія поширюється тільки на осіб, які перебувають на певній території.

Джерело права може передбачати дію не на всіх суб'єктів, а на певну категорію осіб, або навпаки, передбачати окремі категорії, на які воно не поширюється. Дія закону держави поширюється на його державні органи

та їх посадових осіб, які виконують свої повноваження, незалежно від їх місцезнаходження.

Дія джерел права за колом осіб часто породжує інтерперсональні колізії (інтерперсональне право). Декілька правових систем існує в державах, у яких проживають відокремлені, з погляду правового регулювання, спільноти (Малайзія, Індія, Індонезія).

Інтерперсональні колізії не є міжнародними, а внутрішніми, відображають внутрішню структуру права відповідної держави. Такі колізії наявні переважно у шлюбно-сімейному та спадковому праві. Сутність подібних колізій – використання двох і більше правових систем регулювання, здебільшого це відбувалось ще з часів колоніалізму, коли одночасно діяло право метрополії і місцеве право. Інтернаціональні колізії породжують необхідність звернення до інтерперсональних колізійних норм, що встановлюють: право якої спільноти підлягатиме застосуванню [319, с. 49–53].

Особлива правова природа інтерперсональних колізій обумовлена структурними відмінностями етнічних, релігійних, племенних та інших відмінних від загальної структури державних об'єднань. Висловлюється також думка, відповідно до якої норми інтерперсонального права є перехідними між церковним та цивільним правом, а наявність та дозвіл інтерперсональних колізій залежать від того, чи інкорпоровані інтерперсональні норми до цивільного права відповідної держави.

Таким чином, важливою ознакою джерела права є визначення меж його дії у часі, просторі та за колом осіб. Визначення цієї властивості джерела права має визначальне значення для належного його застосування та упорядкування правової системи будь-якої держави, що

унеможливить у подальшому виникнення правових колізій при його застосуванні.

Повною мірою запобігти виникненню подібних ситуацій складно, проте для цього можуть бути вжиті такі заходи:

а) під час підготовки та прийняття (видання) нових джерел права, виявляти та скасовувати всі інші, які суперечать їм;

б) ввести до процесуальних кодексів положення про те, що нормативний акт може визнаватися недійсним:

- якщо він прийнятий раніше, ніж акт вищої юридичної сили, якому він суперечить;

- з моменту набуття чинності відповідним актом вищої юридичної сили;

- якщо він прийнятий пізніше, ніж акт вищої юридичної сили, якому він суперечить;

- з моменту прийняття;

в) законодавчо передбачити норму, згідно з якою особа, яка бере участь у справі, має право посилається на протиріччя, яке міститься в акті, що використовуватиметься під час розгляду справи та просити суд не застосовувати його лише в тому випадку, якщо цей акт визнаний недійсним у судовому порядку. Якщо розгляд справи вже розпочато, суд повинен повідомити певній особі про право на звернення до суду з відповідною заявою та, якщо таке звернення буде, зупинити провадження у такій справі до набуття чинності судового акта у справі про визнання нормативного акта недійсним.

Далі охарактеризуємо дію окремих джерел цивільного договірної права. Розпочнемо з правового звичаю.

Ефективність правового звичаю порушує питання про механізм його дії, у якому виявляється його дина-

мічна сторона. Механізм дії правового звичаю є складним комплексом як юридичних, так і не юридичних чинників. Поняття «дія правового звичаю» означає зовнішнє виявлення відносин правового звичаю та соціуму на стадіях його виникнення і реалізації [79, с. 4]. У цьому процесі правовий звичай змінює суспільство, узгоджується з ним відповідно до його особливостей [130, с. 92].

Правовий звичай діє протягом двох етапів: перший – це зародження звичаю, другий – його застосування. Щодо першого етапу варто зазначити, що йому не властива така чітка врегульованість, як процесу підготовки і прийняття закону. Ця обставина дає підставу стверджувати про стихійність виникнення звичаю. Водночас на цій стадії процедурність все ж можлива, але у значно спрощеному вигляді, порівняно із законом. Мова йде насамперед про правотворчі процедури. Юридична процедура – це система, орієнтована на досягнення конкретного правового результату. Вона складається з актів поведінки, які послідовно змінюють один одного; володіє попередньо встановленою моделлю свого розвитку; ієрархічно побудована; постійно перебуває в динаміці; є засобом здійснення правовідносин.

Правотворча процедура створення правового звичаю полягає у повторенні, постійному виконанні в певних умовах визначених дій, які неодмінно супроводжуються переконанням у їх необхідності.

Процедура виникнення правового звичаю не регламентована, надзвичайна спрощена та базується на ініціативності соціальних груп. Вона спрямована на створення правового звичаю, є попередньо встановленою програмою, заснованою на повторенні одних і тих же актів поведінки. Її можна назвати засобом здійснен-

ня правовідносин, у межах якого передбачено право на правотворчість. Особливість такої процедури полягає у тому, що складові акти поведінки, узгоджені зі структурами свідомості та в єдності з ними, є сутнісним вираженням правового звичаю.

У наш час зазвичай звертають увагу на дві форми санкціонування правового звичаю: фіксовану та відсильну. За використання фіксованої форми функціонування зміст правового звичаю закріплено у правовому акті. У такому випадку звичаєве право виявляється у нормах права та адаптується в національному законодавстві, тобто їх дія стає аналогічною до дії законодавчих актів, у яких їх закріплено. Санкціонування правового звичаю може відбуватись через його відображення у законі, договорі чи судовому прецеденті.

За відсильного санкціонування у правовому акті міститься пряма вказівка на правовий звичай, який треба використати для врегулювання тих чи інших суспільних відносин. Така відсильна санкція може бути загального характеру (міститись в основоположних актах, кодексах) та спеціального (закріплена в законах, якими врегульовано конкретний вид суспільних відносин).

В Україні поряд з нормативно-правовим актом, який тривалий час був чи не єдиним джерелом і формою права, сьогодні законодавчо закріплено правовий звичай, звичай ділового обороту, національний звичай, торговельний звичай як форму права (ст. 7 ЦК України [452], ст. 11 СК України [372], ст. 4 Господарського процесуального кодексу [117] та у Кримінальному кодексі України, ст. 438 – «порушення законів та звичаїв війни» [225]).

Таким чином, постає питання про те, як слід визначати «правильність» тлумачення (застосування) тради-

цій, звичаїв, оскільки ці норми загального права не були зафіксовані письмово, існували усно та передавались з покоління в покоління. Окрім того, вони мали свої особливості в різних народів та представників різних груп одного народу. Визначальним для нашої держави є те, що представники корінних народів (національних меншин) протягом декількох десятиліть жили в єдиному цивільно-правовому просторі Радянського Союзу, що не могло відобразитись на їх правосвідомості та менталітеті.

Звернемося до чинного ЦК України, де у ст. 7 передбачено можливість застосування в правовому регулюванні цивільних відносин звичаїв, зокрема звичаїв ділового обороту (відсилить регулювання), а в п. 2 цієї ж статті встановлено, що звичаї, які суперечать договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не застосовуються.

З цього положення зрозуміло, що звичай ділового обороту визначено субсидіарним джерелом права, він має «меншу» юридичну силу порівняно з законодавством і договором сторін. У ст. 28 ЦК України є норма, яка передбачає застосування звичаїв національних меншин щодо визначення ім'я фізичної особи.

У ст. 333 ЦК України (місцевий звичай) встановлюється новий спосіб виникнення права власності, який не передбачався у ЦК УРСР 1963 р.: «Особа, яка зібрала ягоди, лікарські рослини, зловила рибу або здобула іншу річ у лісі, водоймі тощо, є їхнім власником, якщо вона діяла відповідно до закону, місцевого звичаю або загального дозволу власника відповідної земельної ділянки». Існують й інші норми цивільного законодавства, які встановлюють порядок застосування звичаєвих норм у правовому регулюванні відносин, зокрема в договірному праві.

Законодавець не обмежує сторони у виборі та застосуванні до своїх відносин звичаїв. Але при цьому необхідно дотримуватися таких правил: 1) звичай, який використовується, не повинен суперечити договору; 2) звичай не повинен суперечити актам цивільного законодавства.

Сама природа правового звичаю не дозволяє встановити чітких меж його застосування. Як зазначав Г. Ф. Шершеневич, для норм звичаєвого права немає і не може бути такого точно визначеного середовища підпорядкування, як для закону. Для одних звичаїв вона більше, для інших – менше. З цією обставиною пов'язаний значний недолік правових звичаїв як примусових норм співжиття [466, с. 192]. Отож визначити однозначно часові, територіальні та суб'єктні межі дії звичаєвих норм досить складно, що створює підґрунтя для колізій різних звичаїв у правовому регулюванні однорідних груп відносин.

Щодо меж дії нормативно-правового акта як джерела договірної права ситуація є більш визначеною. На відміну від правового звичаю, визначеність меж дії нормативно-правового акта переважно залежить від суб'єкта нормотворення.

Нормативно-правовий акт не є сталою категорією, він перебуває у постійному динамічному процесі змін, «переходячи з одного якісного стану в другий, послідовно проходячи ряд стадій чи етапів становлення» [290, с. 90].

Головною особливістю нормативно-правового акта є те, що він як носій правових норм має загальний характер дії: його застосовують у певний проміжок часу, щодо визначеного кола осіб, які перебувають у межах території, де діє цей акт. Саме встановлення меж дії нормативно-правового акта є головною умовою правового регулювання.

Така умова викликана тією обставиною, що будь-який нормативно-правовий акт з плином часу припиняє свою дію, а від того, коли нормативно-правовий акт набуває чинності, залежить ефективність юридичних норм.

Окрім того, варто зауважити, що від того, коли нормативно-правовий акт набув чинності, залежить ефективність юридичних норм. Сутнісною характеристикою меж дії нормативно-правових актів є пряма залежність від принципу законності, тобто межі дії повинні бути регламентовані таким чином, щоб нові нормативно-правові акти своєчасно набували чинності, а старі її припиняли; чітко закріплювалась їх ієрархічна складова; передбачались заходи, спрямовані на уникнення їх довільного застосування.

Отже, чинність нормативно-правового акта в часі ми розглядаємо як юридичний стан, що передбачає момент набрання ним чинності, період протягом якого він впливає на суспільні відносини та час втрати нормативно-правовим актом юридичної сили. Вважаємо, що чинність нормативно-правового акта в часі є динамічним процесом реалізації приписів, які в ньому містяться, конкретний вияв права у власному значенні, сукупність зовнішніх чинників, які здійснюють вплив на свідомість та поведінку суб'єктів та без яких було б неможливим існування правової держави. Реалізація нормативно-правових актів є дією права в суспільстві, а часові межі дії нормативно-правових актів визначають можливість нормативного втручання держави в суспільні відносини, зважаючи на їхні часові характеристики. Наприклад Указ Президента України від 10.06.1997 р. закріпив порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності [339].

Незважаючи на таку однозначність, юридична практика ставить перед правниками ще чимало питань щодо дії нормативно-правових актів у часі. Свідченням цього є низка рішень КС України щодо визначення темпоральної дії конкретних нормативно-правових актів України, а також труднощі під час застосування норм «нового» законодавства України до «старих» або тих, що поточних правовідносин.

Як приклад, можна навести рішення КС України, яке було прийнято у справі щодо відповідності Конституції України пункту 2 розділу VIII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» (рішення № 6-рп/2012 у справі № 1-14/2012 від 13 березня 2012 р.) [353]. КС України визнав неконституційним п. 2 розділу VIII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» від 07.04.2011 р. № 3206-VI, беручи до уваги ч. 1 ст. 58 Конституції України, відповідно до якої закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи (та інші підстави).

Окрім того, виникають труднощі під час застосування нормативно-правових приписів новоприйнятих нормативно-правових актів до правовідносин, регламентованих іншими чинними нормативно-правовими актами (якщо у новому нормативному документі чітко не визначено його дії). Наприклад, ст. 810 та ст. 811 ЦК України [452] встановлюють дещо інші істотні умови договору найму житла, ніж ст. 158 ЖК УРСР [174]. Постає питання: яким чином потрібно вирішити справи, пов'язані із наймом житла, якщо договори найму було укладено до 01.01.2004 р. (для набрання чинності цивільним

законом), а спори між сторонами виникли пізніше? Суди ці питання вирішують по-різному.

Важливо з'ясувати, що саме видається підставою, адже виникає своєрідна колізія. З урахуванням загальноновизнаних правил вирішення колізій, з одного боку, йдеться про верховенство закону, що прийнятий пізніше, а з іншого – про спеціальний закон.

Усуненню та попередженню недоліків нормативно-правових актів, пов'язаних із їх темпоральною дією, має слугувати насамперед система правил нормопроекування.

Просторові межі дії нормативно-правового акта визначаються територією держави, де його було прийнято, та характеризуються обсягом того фізичного простору, в межах якого поширюється обов'язковість юридичних норм, які в них закріплено [399, с. 122–123].

У системі нормативно-правових актів виділяють такі, які поширюють свою дію на всю територію держави (загальнодержавні), тобто територію держави, обмежену кордонами, а також територію її посольств, консульств, торговельних представництв, місій за кордоном, територію літаків, які знаходяться за межами держави, територію торгових кораблів у відкритому морі (океані), військових кораблів, що перебувають за кордоном; при цьому існують і такі нормативно-правові акти, які діють лише на відповідній частині її території (регіональні, місцеві, локальні) [399, с. 122–123].

Таким чином, дія нормативно-правового акта у просторі може бути територіальною і екстериторіальною. Під територією держави розуміється її: суходільний простір – земна територія; водний простір – внутрішні води усередині державних меж і територіальні води в межах

12 морських миль; повітряний простір над державними межами – на висоті до 35 кілометрів; надра; військові й торговельні судна у відкритому морі; повітряні кораблі, що знаходяться в польоті за межами України; космічні об'єкти під прапором і гербом держави; трубопроводи; підводні кабелі й нафтові морські вишки; території дипломатичних представництв і консульств за кордоном.

Екстериторіальна дія нормативно-правового акта регулюється міжнародними договорами і передбачає поширення законодавства певної держави за межами її території. Вона відома як право екстериторіальності держав – порядок, відповідно до якого установи або фізичні особи, що розташовані або перебувають на території іншої держави, розглядаються як такі, що розташовані або перебувають на власній національній території і підвладні законам і юрисдикції власної держави.

Правом екстериторіальності користуються військові кораблі та літаки, що із дозволу держави перебування знаходяться на її території, але розглядаються як частина території держави прапора або пізнавальних знаків. Право екстериторіальності завжди використовувалося для обґрунтування дипломатичних привілеїв та імунітетів – особливих прав і привілеїв, якими наділяються дипломати і члени їх сімей.

Щодо меж дії нормативно-правового акта за колом осіб, їх можна визначити обсягом і специфікою правового статусу суб'єктів. Умовно ці нормативно-правові акти поділяють на три категорії залежно від суб'єктів, на яких вони поширюються:

а) нормативні акти загальної дії, які поширюються на всіх осіб, які перебувають на території держави на законних підставах;

б) нормативні акти, які поширюються тільки на громадян конкретної держави;

в) нормативні акти, які поширюються на іноземних громадян та осіб без громадянства [193, с. 96].

Вважаємо, що така класифікація не охоплює всього суб'єктного складу, на який поширюється дія національних нормативно-правових актів, тому пропонуємо авторське бачення поділу нормативно-правових актів договірного права за їх дією за колом осіб на акти, які поширюють дію на: 1) всіх осіб – загальної дії; 2) фізичних осіб (споживачів); 3) фізичних осіб – суб'єктів підприємницької діяльності та (або) юридичних осіб; 4) осіб, які мають спеціальний дозвіл на певний вид діяльності (ліцензію); 5) державу, органи державної влади та (або) місцевого самоврядування.

Наступне джерело договірного права, дію якого проаналізуємо, – міжнародний договір. Необхідно розглядати міжнародні договори не в статичі, а в динаміці, тобто процес його розвитку та змін.

Норми міжнародного права, зафіксовані в тексті договору, діють у часі, як правило, з моменту набуття договором чинності та до моменту скасування його чинності. Строк договору – це строк дії його міжнародно-правових норм. Межі дії міжнародного договору мають різні обмеження, які залежать від його сторін (застосування *ratione personae*), його змісту (застосування *ratione materiae*), його територіального застосування (застосування *ratione loci*) і часу його застосування (застосування *ratione temporis*) [83, с. 304]. У такий спосіб кожен договір має обмеження за колом осіб, за територією та за часом.

Договір визначає, де та в які часові межі можлива закріплена ним поведінка. Тим самим його дія має од-

ночасно часовий та просторовий характер. Навіть у тих випадках, коли в договорі не вказано часу та просторових меж дії, це не означає, що він не залежить від часу та простору, оскільки явища, яких він стосується, відбуваються у визначений час та у визначеному місці.

У Віденській конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. вказано, що в договорі не передбачено часу набуття ним чинності, то «договір набуває чинності, як тільки буде виражено згоду всіх сторін, які брали участь у переговорах щодо обов'язковості для них договору» (п. 2 ст. 24) [263, с. 232].

Необхідно зазначити, що таке формулювання має надто категоричний характер: якщо в багатосторонньому договорі бере участь значна кількість держав і в його тексті не передбачено положення про набуття чинності, то потрібна згода саме всіх учасників, а не окремих з них. Достатньо негоди однієї держави, щоб договір не набув чинності.

У юридичній практиці міжнародних договорів укладають договори з невизначеним моментом набуття чинності. До них належать такі, в яких немає вказівки на точний момент їхньої дії, як умови, з якою пов'язаний початок їхньої дії. У цьому випадку те, що у договорі немає положень про набуття чинності, може породжувати сумніви щодо самого характеру документа (договір або заява про наміри, тощо).

Важливо, що в сучасній практиці такі договори трапляються вкрай рідко, що свідчить про позитивну тенденцію. Оскільки час набуття чинності договором є завершальною стадією процесу укладення договору, то ігнорувати його під час прийняття міжнародного договору – джерела міжнародно-правових норм, неприпустимо.

Відповідно до Віденських конвенцій обов'язковим є кожен договір, що набув чинності. «Договір, що набув чинності» означає, що він починає проявляти свою юридичну дію, стає обов'язковим для сторін відповідно до його положень. У цьому випадку варто враховувати окремі особливості права міжнародних договорів. Протокольні статті договору щодо порядку надання згоди стороною є обов'язковими одразу після прийняття тексту. Крім того, держави та організації, які підписали договір, зобов'язані утриматись від дій, які можуть позбавити договір його мети та об'єкта. Подібні зобов'язання мають й ті сторони, які висловили згоду на обов'язковість договору до набуття ним чинності.

Строк дії договору залежить від характеру правовідносин та позицій, які займають сторони договору. Окремі договори передбачають безстрокову дію, проте в ньому окремими статтями передбачають підстави для його розірвання.

У більшості багатосторонніх договорів строк набуття чинності залежить від кількості сторін, які дають згоду на його обов'язковість. До прикладу, Віденська конвенція про право міжнародних договорів містить положення, що «вона набуває чинності на тридцятий день з моменту передачі на зберігання 35 ратифікаційної грамоти або 35 документа про приєднання» (п. 1 ст. 84) [104, с. 343]. У цьому випадку йдеться про будь-якого суб'єкта, визначальним моментом є їх кількість.

Міжнародний договір, як правило, містить положення про його територіальну дію. У Віденській конвенції про право міжнародних договорів [104, с. 344] розкрито зміст правової категорії «територія», що охоплює основну територію держави, а також інші території, на

які поширюється її суверенітет. На сьогодні більшість багатосторонніх міжнародних договорів не містять положень, що стосуються територіальної сфери їхнього застосування. Як правило, це не створює жодних проблем, за винятком випадків, коли держава-учасник договору має заморські території і положення договору можуть бути застосовані щодо них.

Іноді в міжнародному договорі містяться нечіткі положення, зміст яких полягає в тому, що положення договору повинні стосуватися лише основної території держави. До прикладу, угода між Францією і Великобританією 1986 р. про тунель під Ла-Маншем може, через очевидні географічні обставини, застосовуватися тільки основної території Франції і Великобританії.

Явно виражена сфера дії Угоди про заснування Південно-Тихоокеанської комісії 1947 р. (сьогодні – Тихоокеанська спільнота), яку можна застосовувати тільки до тих територій держав-учасників, які розташовані в південній частині Тихого океану.

З іншого боку, є приклади міжнародних договорів, які стосуються тільки заморської території (Угода між Францією і Великобританією 1996 р. щодо розмежування морської зони між Гваделупою і Монтсерратом, у якій передбачено, що її не можна застосовувати щодо основної або материкової території кожної з держав).

Якщо двосторонній договір не містить положення щодо територіальної сфери його застосування, то, за загальним правилом, це означає, що його дія поширюється на всю територію держав-учасників, за винятком випадків, коли з предмета або природи договору не випливає інше. Оскільки, як і у випадку з багатосторонніми договорами, немає усталеної практики, бажано, щоб

двосторонній договір, який може застосовуватися щодо неосновної частини території країни держави-учасниці, містив прямі положення, які стосуються його територіальної сфери застосування.

Отже, незважаючи на майже всеосяжний характер свого найменування, ст. 29 Віденської конвенції про право міжнародних договорів не охоплює всього комплексу питань щодо територіальної дії міжнародних договорів. Її дія обмежується встановленням обов'язкової сили міжнародного договору щодо певних складників держави-учасника.

Щодо дії міжнародного договору за колом суб'єктів, варто зазначити, що мова йде про сторони міжнародного договору, які, своєю чергою, і є суб'єктами міжнародного права в разі наділення їх договірною правоздатністю. «Кожна держава має правоздатність укладати договори» [105], – йдеться у ст. 6 Віденської конвенції про право міжнародних договорів.

Держави з огляду на свій суверенітет мають повне право (універсальне) правоздатності. Відповідно до принципу суверенної рівності, поваги прав, притаманних суверенітету, вони мають право бути чи не бути учасниками двосторонніх або багатосторонніх договорів, включаючи право бути чи не бути учасниками союзних договорів (Заключний акт Наради з безпеки та співробітництва в Європі від 01.08.1975 р.).

Рішення про участь у договорі приймає сама держава залежно від зацікавленості. Водночас ефективність окремих міжнародних договорів безпосередньо залежить від кількості їх учасників. До прикладу: неабияку стурбованість викликає відмова низки держав від приєднання до Договору про нерозповсюдження ядерної зброї 1968 р. (Україна приєдналася в 1994 р.).

У федеративних державах виникає питання про договірну правоздатність як самих федерацій, так і їх складових частин. Нації і народи, що борються за свою незалежність, також можуть бути сторонами в міжнародному договорі. Вони укладають договори з державами найчастіше з питань утворення самостійної незалежної держави: про політичну підтримку нації в її боротьбі за звільнення від колоніальної залежності, про економічну допомогу, про врегулювання питань, пов'язаних з наданням незалежності.

Договірною правоздатністю наділені й міжнародні міжурядові організації; вона діє відповідно до норм, якими визначено правовий статус організації (ст. 6 Віденської конвенції про право договорів між державами і міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями). Міжнародні організації, на відміну від держав, мають обмежену договірну правоздатність. Вони мають право укладати договори з державами або з іншими міжнародними організаціями в тих межах і для досягнення тієї мети, яку визначено в установчих або інших актах.

Отож, вищенаведене доводить, що норми, які містяться в міжнародному договорі, можуть мати особливі часові, просторові та суб'єктні межі дії. На сьогодні одностайної практики не склалось, що не є недоліком, а, навпаки, підвищує ефективність міжнародно-правового регулювання, робить його більш гнучким та рухомим. Незважаючи на це, таке регулювання не є довільним, незалежним від погодженого волевиявлення держав. Воно завжди юридично обґрунтоване. Якщо держави висловили свою згоду на обов'язковість для них міжнародного договору або окремих його норм, значить, така згода і є юридичною основою їхньої дії.

Ще одним джерелом договірною права, яке є предметом нашого дослідження, є право ЄС. Питання про часові межі дії права ЄС виникло з моменту підписання Паризького договору 1951 р. [156], яким було засновано ЄСВС. Цей Договір було укладено строком на 50 років. Можливості автоматичної пролонгації він не передбачав. Його автори певною мірою виходили з презумпції, що подальший розвиток європейської інтеграції не потребує будь-яких радикальних змін у функціонуванні Співтовариств і питання про дію правових норм, прийнятих у межах першого інтеграційного об'єднання, буде вирішене з часом.

Проте вже незабаром стало очевидним, що цей погляд не враховано у правових документах, тому виникла необхідність вирішення цього питання на рівні установчих договорів. У результаті вже Римські договори 1957 р. закріпили створення Європейської спільноти з атомної енергії та Європейського економічного союзу, вони містили формальну вказівку на те, що мають безстроковий характер.

Це дало підставу Суду ЄС використовувати це положення для підтвердження особливого характеру як інтеграційних утворень, так і створеної в їх рамках правової системи. Договір про створення ЄСВС припинив свою чинність з 23 липня 2002 року. Однак будь-якої істотної шкоди ані інституційній структурі, ані праву ЄС це не завдало. Це пов'язано з тим, що спочатку в межах всіх трьох Співтовариств, а потім і в межах ЄС була створена єдина інституційна структура. Повноваження, які в минулому належали в ЄСВС Вищому керівному органу, перейшли до Європейської комісії, яка їх фактично зберегла й після зникнення самого ЄСВС.

Безстроковий характер всіх наступних установчих актів закріплювався безпосередньо в них та поширював-

ся на акти вторинного права, які приймалися на їх основі, якщо інше не було зумовлено безпосередньо в нормативному правовому акті. Слід, однак, звернути увагу на те, що досить часто установчі договори містять програмні положення, які закріплюють етапи їх впровадження.

Цілком очевидним є той факт, що норми, які діють в межах здійснення того чи іншого етапу впровадження більш загальної програми, зумовлюють терміни дії окремих норм та інститутів, якщо вони їх стосуються.

Нормативні правові акти, які видаються у формі регламенту, за загальним правилом, набувають чинності на 20-й день після їх опублікування в «Офіційному віснику Європейського Союзу», якщо інше не зазначено в самому нормативному акті. У цілому аналогічна процедура набуття чинності директив, які спрямовані на всіх або більшості держав-членів. У такому випадку вони також публікуються в «Офіційному віснику Європейського Союзу».

Директива адресується окремим державам або юридичним особам, як правило, нотифікується і вступає в силу з моменту нотифікації. Оскаржити законність директиви, так само як і регламенту, можна протягом двомісячного терміну після набуття ними чинності.

У жодному разі не слід ототожнювати вирішення питання про набуття чинності директивою й актом, які приймаються з метою їх імплементації на національному рівні.

Досить важливе значення має визначення просторових меж дії права ЄС. За загальним правилом, право ЄС діє на всій території союзу. Територію союзу утворює сукупна територія держав-членів. Відповідно можна вважати, що зовнішній кордон союзу утворюють кордони держав-членів з третіми державами, які не є членами союзу, або межі, що відокремлюють відповідні території

від відкритого моря [463, с. 23]. Усі ці аспекти у визначенні територіальних меж дії права ЄС потрібно враховувати, характеризуючи сферу його застосування.

Проте конкретне застосування низки правових постанов союзу може певним чином відрізнятись залежно від статусу тих чи інших територій з складу союзу. Пов'язано це, насамперед, з тим, що деякі держави-члени мають досить складну внутрішню структуру. Мова в цьому випадку йде про особливий статус територій, які були в недавньому минулому колоніями або мали статус залежних територій. Так, Французька Республіка включає офіційно Францію-метрополію, заморські департаменти і заморські території. Під час вироблення установчих договорів було обумовлено, що стосовно окремих заморських територій може застосовуватися в деяких областях особливий режим, відмінний від того, який застосовується у всіх державах-членах. Були встановлені певні привілеї щодо імпорту товарів, вироблених у цих заморських територіях.

Формально їх мета – сприяти розвитку сільського господарства та виробництва на бідних територіях. Особливі умови застосування загального правового режиму або встановлення певних винятків з цього режиму закріплені ст. 349 Договору про функціонування ЄС [214]. У додатках визначається також список держав, з якими ЄС укладає спеціальні угоди про асоціацію. Це досить велика група держав третього світу (Африки, Азії, басейну Тихого океану), яким ЄС сприяє у їхньому розвитку та надає ті чи інші пільги й переваги в торгових відносинах.

Говорячи про територіальну сферу застосування права ЄС, слід також ще раз нагадати про спрямованість і можливості співробітництва. У результаті відповідні

положення угод підписуються і видаються на їх основі нормативно-правові акти (наприклад, Шенгенські угоди, угоди про створення євро зони тощо), які діють на території тільки тих держав, які стали учасниками цих угод, що реалізуються на основі цієї концепції. Прийняті в їх межах рішення можуть поширювати дію на держави-не члени ЄС, наприклад, учасників шенгенської зони. Усі ці аспекти у визначенні територіальних меж дії права ЄС повинні бути враховані за загальної характеристики сфери його застосування.

Отже, аналіз наукових та практичних напрацювань доводить, що застосування права ЄС державами-членами ЄС спровокувало досить багато проблем, зокрема щодо принципу пріоритетності права ЄС. Законодавство ЄС, визначене як *acquis communautaire*, для держав-членів ЄС є обов'язковим. Законодавство ЄС є автономним порядком, який не залежить від національного права (є частиною цього права, але автономною частиною). Саме співіснування двох правових систем (національної та системи права ЄС) призводить до проблемних питань щодо визначенні меж дії законодавства ЄС.

Висновки до розділу 1

Джерело цивільного права – це зовнішня форма вираження норм цивільного права, спрямованих на правове регулювання особистих немайнових та майнових відносин, яка санкціонована, встановлюється, як правило, за волевиявленням юридично рівних суб'єктів, та має різні види.

Ознаками джерел цивільного права є: 1) спрямо-

ваність на правове регулювання особистих немайнових та майнових відносин; 2) різна форма закріплення норм, тобто не лише в письмовій, але й в усній формі; 3) різноманітність видів; 4) юридична рівність учасників щодо права вибору джерел права; 5) можуть виникати за волевиявленням учасників цивільних правовідносин, крім випадків, встановлених законом.

Джерело цивільного договірної права – це зовнішня форма вираження норм цивільного права, спрямованих на правове регулювання майнових відносин, що виникають на підставі цивільно-правового договору між конкретними особами, які є суб'єктами правотворчості з визначення умов договору, крім випадків, передбачених законом, із урахуванням вимог природного права та норм моралі.

Ознаки джерел цивільного договірної права: 1) обов'язковість застосування для конкретних учасників договірних правовідносин; 2) спрямованість на правове регулювання майнових відносин; 3) сторони договору є суб'єктами правотворчості, оскільки самостійно визначають умови договору з урахуванням обмежень, передбачених законом; 4) вплив норм природного права та норм моралі на процес правотворчості.

Джерела цивільного договірної права застосовують для правового регулювання договірних відносин із урахуванням «пандектної системи», тобто залежно від загальних і спеціальних джерел права, а також їх внутрішньої структури (загальних і спеціальних норм права).

До джерел цивільного договірної права віднесе-но: 1) нормативно-правий акт України; 2) міжнародний нормативно-правий акт; 3) звичай; 4) судову практику; 5) цивільно-правовий договір.

Правова доктрина не є джерелом цивільного договірної права, оскільки вона є не обов'язковою для застосування конкретними учасниками договірних правовідносин через можливу наукову однаковість.

Дія джерел цивільного договірної права виявляється у їхньої дії у просторі, часі та щодо кола осіб. Особливість дії звичаю як джерела цивільного договірної права полягає у тому, що визначити часові, територіальні та суб'єктні меж, як правило, не завжди вдається, що створює підґрунтя колізій для їхнього застосування. Дія нормативно-правового акта як джерела цивільного договірної права у просторі може бути територіальною і екстериторіальною.

Міжнародний договір має межі дії за колом осіб (*ratione personae*), змістом (*ratione materiae*), за територією (*ratione loci*) та у часі (*ratione materiae*), що підвищує ефективність міжнародно-правового регулювання, робить його більш гнучким та динамічним у застосуванні.

Законодавство ЄС (*acquis communautaire*) обов'язкове для застосування на території держав-членів ЄС та є самостійним джерелом права, тому його дія не залежить від національного права. Така ситуація створює колізії щодо меж застосовування законодавства ЄС та національного законодавства як джерела цивільного договірної права.

Особливість дії цивільно-правового договору як джерела цивільного договірної права полягає у тому, що згідно з принципом свободи договору його сторони вільні у виборі осіб, змісту (умов), території та строку. Дія цивільно-правового договору щодо кола осіб означає поширення його дії як на сторін договору, так і третіх осіб, передбачених договором.

РОЗДІЛ 2

НОРМАТИВНО-ПРАВОВИЙ АКТ ЯК ОСНОВНЕ ДЖЕРЕЛО ЦИВІЛЬНОГО ДОГОВІРНОГО ПРАВА

2.1. Поняття нормативно-правового акта та його різновиди як джерела цивільного договірного права

В Україні, як і в інших державах світі, помітна тенденція щодо зростання масиву нормативно-правових актів, в тому числі у сфері приватного права [237, с. 35]. Незважаючи на те, що поряд з нормативно-правовим актом виділяють низку інших важливих джерел цивільного договірного права, ЦК України надає йому пріоритет. Це пояснюється тим, що нормативно-правовий акт дає можливість найбільш чітко сформулювати зміст прав та обов'язків учасників правовідносин, відносно швидко довести зміст до адресатів норми права, створити умови до адекватного розуміння і застосування норми права, оперативно змінювати чи відмінити норму права, систематизовувати норми і полегшити користування ними [248, с. 20–21].

Слід погодитися з позицією А.С. Довгєрта, що хоча нормативно-правовий акт має велике значення у системі джерел, в Україні залишається низка невирішених проблем як на загально-правовому, так і приватноправовому рівнях [153, с. 13]. Зокрема на загально-правовому рівні виникають проблеми з визначенням поняття нормативно-правового акта, його співвідношенням з поняттями «правовий акт» і «нормативний акт», з підставами визнання актів різних органів сучасної української держави нормативно-правовими тощо [221, с. 274–280]. У

цивілістичній теорії та відповідній практиці виникають питання про співвідношення ЦК України та інших законів України, співвідношення норм ЦК України і ГК України, інших кодифікаційних актів [252, с. 336–351], про можливість регулювання цивільних відносин органами місцевого самоврядування тощо [355, с. 50].

Поняття нормативно-правового акта є центральним під час розгляду структурної організації законодавства та дослідження правової системи загалом [63, с. 22]. В українському законодавстві немає поняття нормативно-правового акта. Деякі науковці вказують на необхідність прийняття спеціального закону про нормативно-правові акти, який би вирішив питання протиріч юридичного змісту між законами та іншими нормативно-правовими актами [63, с. 22]. Варто зауважити, що в ст. 4 ЦК України визначено ієрархію цивільного законодавства, однак цього недостатньо для належного регулювання цивільних відносин [452]. Оскільки для належного регулювання цього питання необхідно чітко встановити співвідношення нормативно-правових актів та узгодити усі норми права, які в них визначено.

У юридичній літературі пропонують різні підходи до визначення поняття «нормативно-правовий акт». Цим поняттям позначають: 1) акт, який містить норми права та прийнятий в особливому порядку державними органами або уповноваженими державою особами [397, с. 289]; 2) акт правотворчості, який містить норми права [394, с. 276]; 3) офіційний документ, створений компетентними органами держави, що містить загальнообов'язкові юридичні норми (правила поведінки [395, с. 289]; 4) письмовий правовстановлюваний акт держави, що містить норми права [287, с. 402].

Від нормативно-правових актів слід відрізняти офіційні правові документи, що не містять норм права і не вносять безпосередньо змін до законодавства. Наприклад, акти про затвердження положень, правил, статутів чи акти, які складаються з декларацій, закликів. Практичне значення має розрізнення нормативно-правових актів і актів застосування норм права, тому що останні містять не правила загального характеру, а індивідуальні приписи, адресовані певним суб'єктам і призначені для вирішення конкретних юридичних справ, засвідчення тих чи інших фактів [248, с. 20].

Нормативно-правовий акт як джерело цивільного договірної права – це документ, прийнятий компетентним органом, який містить норми цивільного права, спрямовані на правове регулювання майнових відносин.

У теорії права нормативний акт є домінантним джерелом права та характеризується такими ознаками: 1) його видає компетентний орган держави; 2) його можна видати оперативно змінити у будь-якій частині [164, с. 219]; 3) його, як правило, певним чином систематизовано, що сприяє пошуку необхідного документа; 4) він містить норми права; 5) держава забезпечує реалізацію нормативно-правових актів, включаючи і примусовий вплив на осіб, що ухиляються від їхнього виконання. При цьому кожен суб'єкт правотворчої діяльності має межі своєї компетенції [248, с. 19].

Водночас для нормативно-правових актів характерним є те, що вони: 1) диференційовані, оскільки механізм держави має розгалужену структуру органів, які наділені повноваженням правотворчості; 2) мають власну систему та ієрархію (в основі конституція), яка побудована на юридичній силі нормативно-правових актів;

3) конкретизовані за предметом правового регулювання [395, с. 289].

Нормативно-правовий акт діє у часі, просторі та за колом осіб. Порядок дії цивільного законодавства у часі закріплено у ст. 5 Ц К України. Зокрема акти цивільного законодавства регулюють відносини, які виникли з дня набрання ними чинності, тому вони не мають зворотної сили, крім випадків пом'якшення чи скасування цивільної відповідальності особи.

У правовій системі виділяють межі дії нормативно правових актів: початкова (початок дії) та кінцева (припинення дії) [291, с. 657–658]. Г. Ф. Шершеневич вказував на «три досить важливих моменти» у житті нормативно-правового акта: складення, оприлюднення і набрання чинності [466, с. 167–168]. На особливу увагу заслуговує поняття оприлюднення нормативно-правового акта, тобто доведення до відома населення змісту прийнятих нормативно-правових актів. Офіційне оприлюднення має формально-юридичне значення й полягає в нормативно-визначеному оголошенні, яке видається від імені нормотворчого органу, звернене до загального відома [482, с. 179; 77, с. 453]. Його сутність полягає в розміщенні повних текстів прийнятих нормативно-правових актів у спеціально визначених для цього виданнях [236, с. 38]. Опублікувати – це надрукувати що-небудь для загального ознайомлення [95, с. 677]. Що стосується кінцевої межі дії нормативно-правових актів, то загальні правила закінчення (припинення) їхньої дії на законодавчому рівні взагалі нічим не визначені. Життя нормативно-правового акта припиняється в одному з таких випадків: 1) офіційне скасування акта; 2) припинення останнього з правовідносин, на

які продовжував впливати нормативно-правовий акт після його скасування; 3) настання «природної смерті» (відмирання) нормативно-правового акта, коли він формально не скасований, але й не використовується у правовому регулюванні [291, с. 657–658].

Дія нормативно-правового акта у просторі може бути територіальною і екстериторіальною. Територіальна дія нормативно-правового акта окреслена територією держави (Україна) або окремого регіону (Крим) і визначається державним суверенітетом [373, с. 331].

На порядок дії нормативно-правового акта за колом осіб поширюється загальне правило: закон діє стосовно всіх осіб, які перебувають на території його дії і є суб'єктами відносин, на які він розрахований [373, с. 332–333].

Уся сукупність чинних нормативно-правових актів держави становить чітку ієрархічну систему, так звану, піраміду, на чолі якої – конституція держави, далі закони, в першу чергу конституційні та різні підзаконні акти [397, с. 289–290]. Така ієрархічна система актів цивільного законодавства складається із законів, актів, що мають вищу юридичну силу і визначають загальні засади правового регулювання цивільних відносин, та підзаконних нормативно-правових актів, прийнятих на їх виконання [202, с. 26].

На думку С.С. Алексєєва, закони в демократичній державі повинні займати перше місце серед усіх джерел права, бути основою правової системи, основою законності [44, с. 83].

Нормативно-правові акти можна класифікувати за різними критеріями, основним з яких є критерій юридичної сили [397, с. 290]. За цим структурним критерієм,

що його підтримують усі науковці, систему нормативно-правових актів становлять закони та підзаконні нормативно-правові акти [52, с. 16].

Юридична сила і сфера дії нормативного акта зумовлена місцем органу, який його видав у системі органів держави або політичної системи загалом [295, с. 166].

В Україні склалася ситуація, коли нормативно-правові акти видає велике коло суб'єктів нормотворення [68, с. 398]. О.Ф. Скакун поняття «юридична чинність нормативно-правового акта» трактує як його специфічну властивість мати точно позначене місце в ієрархії інших правових актів і залежати за формальною обов'язковістю від того, який орган видав акт, тобто від того, хто є суб'єктом правотворчості [374, с. 315].

Л.М. Кривецька, досліджуючи питання юридичної сили й обов'язкового характеру актів тлумачення норм права, вказує, що вона зумовлена: 1) юридичними властивостями норми права та підпорядкованим зв'язком правоположень акта з нормою права; 2) наявністю наданих законодавцем певному суб'єкту повноважень на офіційне роз'яснення норм права і видання відповідних актів тлумачення [223, с. 30].

Закон має вищу юридичну силу в ієрархії нормативно-правових актів порівняно з підзаконними актами. У юридичній літературі окремі науковці пропонують свої міркування щодо визначення поняття «закон». Однак, як правило, воно передбачає, що: нормативно-правовий акт, прийнятий в спеціальному порядку органом законодавчої влади або на референдумі, має найвищу юридичну силу, регулює найбільш важливі суспільні відносини [179, с. 282]. На доповнення до такого визначення, П. М. Рабінович пропонує звертати увагу на те, що

цей нормативно-правовий акт виражає волю й інтереси більшості населення [348, с. 125–126].

У теорії права виділяють такі ознаки закону: 1) є юридичним документом, який містить норми права [395, с. 307]; 2) його приймає лише законодавчий орган; 3) регулює основоположні, найважливіші суспільні відносини; 4) має найвищу юридичну силу в правовій системі держави; 5) є нормативно-правовим актом, тобто таким, що встановлює загальні правила поведінки (норми), обов'язкові для усіх; 6) приймається в особливому порядку, визначеному Конституцією [179, с. 282].

Р.П. Луцький пропонує виділити такі властивості закону: а) це сукупність диференційованих правових норм, оскільки механізм держави має розгалужену структуру органів з визначеними правотворчими повноваженнями та значним об'ємом інших функцій, які реалізуються за допомогою видання юридичних актів; б) це ієрархієзована структура, тому що ця система будується на основі різної юридичної сили актів; в) це конкретизовані за предметом регулювання, суб'єктах виконання і реалізації права, вказівки на які містяться в джерелах [248, с. 20].

Закони мають власну ієрархію. За юридичною силою їх поділяють на види:

1) Конституція (основний закон), яка визначає основи державного ладу, основні права та обов'язки громадян, порядок формування та діяльності вищих державних органів;

2) конституційні закони – це закони, які розкривають окремі положення конституції;

3) звичайні закони, вони не повинні суперечити конституції та характеризуються простішим порядком

прийняття. Також окремо виділяють кодифіковані та не-кодифіковані закони;

4) кодекси – це закони, в яких об'єднується і систематизуються правові норми, що регламентують певну сферу суспільних відносин. Як правило, кодекси є основою певної галузі законодавства, наприклад ЦК України є основним актом цивільного законодавства. Кодекси мають юридичну силу звичайних законів. Як зазначає Л. Андрусів, кодекс – це той же закон, але об'єктивований в іншу форму і має таку ж юридичну силу, як і закон [52, с. 130]. Однак на практиці часто перевагу надають кодексам як високоуніфікованим актам у межах галузі чи інституту [439, с. 68].

Характеризуючи акти цивільного законодавства, слід звернути увагу також на те, що ЦК України розрізняє основу цивільного законодавства України (Конституція України) та акти власне цивільного законодавства [435, с. 77].

На думку деяких науковців, закони, що є актами цивільного законодавства, залежно від їх значення треба поділити на основні закони (Конституція України, ЦК України) і звичайні закони [435, с. 78].

Для дослідження джерел цивільного договірної права, зокрема нормативно-правового акта, важливе значення мають конституція, кодекси та звичайні закони, тому пропонуємо розглянути їх детальніше.

Конституція України є основою цивільного законодавства України [157, с. 82]. У ч. 1 ст. 8 Конституції України зазначено, що закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй [215]. Саме Конституція України, прийнята 28 червня 1996 р., має найвищу юридичну

силу в системі нормативно-правових актів, а її норми є нормами прямої дії. Закони та інші нормативно-правові акти приймають на основі Конституції України та повинні відповідати їй.

У цьому зв'язку погодимося з думкою Є.О. Харитонova, що Конституція України не є актом цивільного законодавства у прямому значенні цього поняття, оскільки як Основний Закон держави вона є основою всього законодавства України і містить норми різного галузевого характеру, визнаючи основи не лише цивільного, але й адміністративного, кримінального, процесуального тощо законодавства [430, с. 110].

Поняття «конституція» В. Решота визначає як основний закон держави, нормативно-правовий акт або групу нормативно-правових актів, що мають найвищу юридичну силу і врегульовують основні засади суспільного та державного ладу, права, свободи та обов'язки людини і громадянина, систему органів держави, засади виборчої системи тощо [351, с. 315]. Зокрема, при дослідженні Конституції України як джерела адміністративного права, В. Решота дійшов висновку, що основний закон має пріоритет не тільки над іншими нормативно-правовими актами, але й над усіма іншими джерелами права.

Основний Закон впливає на цивільне законодавство за такими напрямками: а) визначає зміст нормативно-правових актів – поточне законодавство розвивається в межах, визначених Конституцією; б) визначає види нормативно-правових актів; в) визначає ієрархію нормативно-правових актів [300, с. 16]. З огляду на це на КС України покладено повноваження про вирішення питань щодо відповідності Конституції України законів України.

У Конституції України закріплено основні засади правового регулювання цивільних відносин [215]. По-перше, визначено положення щодо регулювання відносин власності: рівність усіх суб'єктів права власності перед законом (ст. 13); у ст. 14 закріплено гарантію права власності на землю та визначено, що це право набувають і реалізують громадяни, юридичні особи та держава лише відповідно до закону; в ст. 41 визначено право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності.

По-друге, зосереджено увагу на захисті прав споживачів, зокрема в ч. 3 ст. 42 визначено, що держава захищає права споживачів, здійснює контроль за якістю і безпечністю продукції та усіх видів послуг і робіт, сприяє діяльності громадських організацій споживачів.

По-третє, врегульовано особисті немайнові відносини фізичних осіб: усі люди вільні та рівні у своїй гідності та правах, а права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними (ст. 21); кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей, та має обов'язки перед суспільством, яке забезпечує вільний і всебічний розвиток її особистості (ст. 23); всі мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом (ст. 24); право на життя (ст. 27); право на свободу та особисту недоторканність (ст. 28); свободу пересування, вільний вибір місця проживання (ст. 33); свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань (ст. 34).

По-четверте, в межах окремої статті гарантується право кожного на підприємницьку діяльність, яку не заборонено законом (ст. 42).

По-п'яте, право на захист своїх прав та інтересів в суді, а також право на самозахист (ст. 55) та інші [215].

З урахуванням цього можемо стверджувати, що Конституція України як джерело цивільного права, зокрема цивільного договірною права, має такі ознаки: 1) містить норми-принципи, що є підґрунтям формування цивільного законодавства України; 2) містить норми цивільного права; 3) має найвищу юридичну силу щодо законів та інших актів цивільного законодавства; 4) закріплює основні цивільні права, свободи та обов'язки фізичної особи, відображені в актах цивільного законодавства; 6) встановлює загальні гарантії прав та свобод суб'єктів цивільного права; 7) закріплює загальні засади захисту майнових і особистих немайнових прав; 8) містить правила про дію законів та інших нормативно-правових актів у часі.

Отже, у Конституції України закріплено основні положення щодо юридичної рівності всіх суб'єктів права власності та форм власності, свободи підприємництва, майнових і особистих немайнових прав суб'єктів цивільного права, їх рівність і самостійність у відносинах, до яких вони вступають. Крім того, вона є основою для встановлення і захисту особистих немайнових прав фізичної особи, а також майнових, коли відповідні особи перебувають у приватноправових відносинах рівності та самостійності.

Основним актом цивільного законодавства є ЦК України, який встановлює найважливіші норми цієї галузі права і передбачає систему та сутність інших актів цивільного законодавства. Кодекс забезпечує єдність цивільного законодавства та системи законодавчих актів, які до нього входять, сприяє правозастосовчій діяль-

ності. Цивільні кодекси визначають предмет і основні засади цивільного права, закріплюють систему інститутів цивільного права, які детально регулює [124, с. 103]. Як зазначає А. Ярмола, цей кодифікований закон охоплює основні параметри нормативно-правової галузі, інституту чи іншого системного утворення в межах предмета правового регулювання [487, с. 10].

Правильним є висновок С. С. Алексєєва, що кодекс – це єдиний, юридично та логічно цілісний, внутрішньо узгоджений закон, нормативний акт, що забезпечує повне, системне регулювання певної групи суспільних відносин [44, с. 85]. Якщо питання потребує детального регулювання, кодекс може містити лише загальні положення, відповідно до цих положень приймають необхідний нормативно-правовий акт [44, с. 85].

Закономірно, що норми ЦК України є фундаментом договірного права. Норми кодексу потрібно враховувати під час прийняття будь-яких актів цивільного законодавства, а також інших актів законодавства, які регулюють договірні відносини у тій чи іншій специфічній сфері діяльності, що, на жаль, досить часто ігнорують в нормотворчій діяльності [157, с. 82].

ЦК України – це кодифікований акт цивільного законодавства. Побудовано цей Кодекс відповідно до пандектної системи. Норми, які можна застосовувати для регулювання будь-яких суспільних відносин, що становлять предмет цивільного права, подано в окремій книзі – «Загальні положення». Цивільно-правові інститути особливої частини цивільного права розглядаються у п'яти книгах: «Особисті немайнові права фізичної особи», «Право власності та інші речові права», «Право інтелектуальної власності», «Зобов'язальне право» і «Спадкове право» [158, с. 14].

Для цивільного договірної права особливе значення має книга п'ята «Зобов'язальне право». Вона є найбільшою за обсягом та складається з трьох розділів: «Загальні положення про зобов'язання», «Загальні положення про договір», «Окремі види зобов'язань», який містить два підрозділи («Договірні зобов'язання» та «Недоговірні зобов'язання»).

Розділ 1 книги 5 ЦК України присвячений правовому регулюванню загальних положень про зобов'язання, де в окремих главах розкрито поняття, сторони, виконання, забезпечення виконання зобов'язань, припинення та правові наслідки його порушення, зокрема відповідальність за порушення зобов'язань. У розділі 2 книги 5 ЦК України розкрито поняття, умови, особливості укладення, зміни, розірвання договору. Закріплені у розділі 1 та 2 книги 5 ЦК України норми поширюються на всі випадки правового регулювання зобов'язальних відносин. Положення розділу 3 книги 5 ЦК України, навпаки, визначають особливості правового регулювання окремих видів договірних зобов'язань, що застосовуються з урахуванням їхньої специфіки. Відповідно, у випадку, якщо не передбачено спеціальних вимог до окремих видів договірних зобов'язань, слід застосовувати загальні положення про зобов'язання та договори (розділи 1 та 2 книги 5 ЦК України).

До кодифікованих законодавчих актів відносять: СК України, ЖК УРСР. Подвійну (дуалістичну) правову природу мають комплексні кодифіковані акти, які регулюють цивільні й публічні правовідносини: Земельний кодекс України, КТМ України, ГК України. Норми Повітряного кодексу України, Кодексу про надра, Лісового кодексу та інших регулюють низку цивільно-правових за своєю природою відносин [252, с. 348].

У контексті дослідження цивільного договірного права важливе значення має ГК України, оскільки він одночасно з ЦК України врегульовує чимало договорів, а саме договори поставки, контрактації сільськогосподарської продукції, оренди, міни, перевезення вантажу, страхування, комерційної концесії та ін.

Однак норми ЦК та ГК породжують суперечності щодо застосування чинного законодавства, оскільки застосовують різні підходи до тлумачення одних і тих самих понять [117]. Є чимало прямих посилань на норми ЦК України, вони регулюють питання щодо зміни і розірвання господарських договорів (ст.ст. 651, 653), щодо виконання зобов'язань (ст.ст. 549, 553, 560, 572, 594, 570), тобто регулювання господарських відносин неможливе без застосування цивільного законодавства.

Звернемо увагу на деякі колізійні питання. Наприклад, ЦК України використовує поняття «правочин», а ГК України – категорію «угода» [452, с. 117]. ГК України не використовують поняття «правочин», однак при цьому в кодексі визначено положення про договори, близькі за змістом до норм, що стосуються у ЦК України правочинів [117].

Також помітні суттєві суперечності щодо розуміння договору поставки за цивільним та господарським законодавством. Вже у визначенні договору поставки бачимо неузгодженості (ст. 712 ЦК України та ст. 256 ГК України), зокрема різний підхід до поняття договору, хоча при цьому суть розкривається однаково. Однак щодо умов договору поставки є суттєві розбіжності, бо відповідно до ст. 712 ЦК України істотними умовами є предмет та строк (строки) [452]. Своєю чергою господарське законодавство істотними умовами господарських договорів

називає предмет. Також в ст. 266 ГК України визначено, що предметом поставки, окрім родових речей, можуть бути індивідуально-визначені, що суперечить положенням цивільного законодавства (ст. 184 ЦК України) [117].

Поняття договору комерційної концесії визначено в ГК України (ст. 366) та ЦК України (ст. 1115), загалом підхід до тлумачення договору однаковий. При цьому виділяють відмінності регулювання, зокрема щодо форми договору відповідно до ГК України недотримання письмової форми спричиняє недійсність договору [117], а відповідно до ЦК України – його нікчемність [452]. В ГК України визначено обов'язок користувача сплатити правоволодільцеві обумовлену договором винагороду, чого немає в ЦК України. Своєю чергою в ЦК України закріплює можливість користувача укласти договір комерційної концесії на новий строк на тих же умовах, хоча такої норми немає в главі 36 ГК України [117].

Ми підтримаємо науковий підхід щодо необхідності виключення положень щодо деяких договорів з ГК України [117], а також щодо недоцільності ГК України як правового регулятора договірних цивільних відносин загалом.

Іншими законами України, які видаються відповідно до Конституції України та ЦК України, мають загально-нормативний характер і регулюють цивільні відносини, є акти Президента України, які він видає на основі та на виконання Конституції і законів України, постанови Кабінету Міністрів України [435, с. 78]. Окремі закони детально регулюють цивільно-правові відносини, зокрема це закони «Про страхування», «Про іпотеку», «Про заставу», «Про авторське право і суміжні права», «Про фінансовий лізинг» та інші.

Особливість законів як правових документів вищої юридичної сили виявляється у тому, що всі інші нормативні акти, знаходяться «під» законом, тобто є «підзаконними». Разом з тим підзаконність нормативних актів не означає їхньої меншої юридичної сили. Підзаконні акти наділені необхідною юридичною силою, особливістю є те, що їхня юридична сила не має такого верховенства як це характерно для законів, що переважають над усіма нормативно-правовими актами. Підзаконні нормативно-правові акти між собою відрізняються за юридичною силою та утворюють складну ієрархічну систему. Юридична сила та сфера дії підзаконних актів залежать від місця державного органу, який видав акт, в державному апараті, а також від компетенції [252, с. 86–87].

Щодо тлумачення поняття «підзаконний нормативно-правовий акт» у теорії права є різні підходи, однак всі вони трактують його як нормативно-правовий акт, виданий на основі закону та спрямований на його виконання, що має меншу юридичну силу порівняно із законами [348, с. 125–126; 180, с. 371].

Підзаконний нормативно-правовий акт П. М. Рабінович розглядає як нормативний акт компетентного органу, що видається на підставі закону, відповідно до закону і для його виконання [348, с. 125–126]. О. Ф. Скакун зазначає, що підзаконні нормативно-правові акти (англ. *by-law*) – це нормативні акти, які видаються на основі закону, відповідно до закону і спрямовані на його виконання шляхом конкретизації законодавчих приписів або встановлення первинних норм [375, с. 371]. М. В. Цвік тлумачить підзаконний нормативно-правовий акт, як письмовий офіційний юридичний документ, який видається окремими державними органами в межах їх

компетенції на підставі закону (в межах закону і на його виконання), має державно-владний загальнообов'язковий характер для громадян та посадових осіб, конкретизує юридичні права і обов'язки суб'єктів правовідносин, охороняється державною владою від порушень, направлений на регулювання і охорону правовідносин та соціальних цінностей [180].

Отже, підзаконний нормативно-правовий акт має такі ознаки: 1) його приймають на основі закону, тобто відповідно до нього; 2) він розвиває, конкретизує, деталізує первинні норми, вміщені в законах з метою їх реалізації або регулює забезпечувальні (допоміжні) суспільні відносини; 3) залежно від виду має свою процедуру прийняття, яка не настільки сувора і деталізована, як при прийнятті законів [375, с. 371].

Традиційно основний масив підзаконних нормативно-правових актів становлять акти органів виконавчої влади [397, с. 293]. Вони мають власну структуру, до якої входять: 1) постанови Верховної Ради України нормативно-правового змісту; 2) укази Президента України; 3) постанови та розпорядження Кабінету Міністрів України; 4) накази міністерств; 5) накази центральних органів виконавчої влади й інші нормативно-правові акти, що стосуються прав та обов'язків людини і громадянина; 6) розпорядження голів місцевих державних адміністрацій нормативно-правового змісту; 7) рішення місцевих референдумів нормативно-правового змісту; 8) рішення місцевих рад і їхніх виконавчих органів нормативно-правового змісту; 9) розпорядження сільських, селищних, міських голів, голів районних у містах, обласних рад нормативно-правового змісту; 10) локальні нормативно-правові акти [52, с. 130–131].

З урахуванням системного аналізу ч. 3 ст. 113 Конституції України та ч. 1 ст. 50 Закону України «Про Кабінет Міністрів України», можна стверджувати, що акти Кабінету Міністрів України за юридичною силою також є нижчими, аніж акти Президента України. Однак відповідно до норм ЦК України (ч. 2 ст. 7), нормативно-правові акти Кабінету Міністрів України мають вищу юридичну силу порівняно із правовими звичаями [457].

Така структура системи нормативно-правових актів знайшла підтримку серед науковців. Як зазначає Ю. І. Кувітанова, у системі нормативно-правових актів України вони посідають нижчий щабель порівняно з нормативно-правовими актами парламенту та мають меншу юридичну силу [228, с. 80].

Однак поряд з цим на підставі Закону України «Про тимчасове делегування Кабінету Міністрів України повноважень видавати декрети у сфері законодавчого регулювання» [343] на період з 02.12.1992 р. до 20.05.1993 р. Декрети Кабінету Міністрів України отримали юридичну силу закону та були до них прирівняні. Наприклад, йдеться про декрети «Про впорядкування діяльності суб'єктів підприємницької діяльності, створених за участю державних підприємств» від 31.12.1992 р. [333], «Про припинення справляння державного мита по грошових переказах, що надходять з-за кордону» від 02.12.1992 р. [341], «Про впорядкування використання адміністративних будинків і нежилых приміщень, що перебувають у державній власності» від 11.01.1993 р. [332] та інші.

Юридична сила підзаконних нормативно-правових актів залежить від становища правотворчих органів, їхніх компетенцій, а також характеру і призначення самих

актів [373, с. 336], тому нормативно-правові акти Кабінету Міністрів України посідають чільне місце серед актів інших органів виконавчої влади, маючи серед них найвищу юридичну силу, зважаючи на правовий статус Уряду [190, с. 343 – 347]. Отже, акти міністерств, відомств та місцевих державних адміністрацій повинні відповідати не лише Конституції і законам України, але й нормативно-правовим актам Кабінету Міністрів України [228, с. 82].

Ознаки нормативно-правового акта як джерела цивільного договірної права поділимо на загальні та спеціальні. До загальних ознак можна зарахувати такі: 1) основний акт цивільного законодавства у системі формально-юридичних джерел права; 2) має чітку структуру, механізм прийняття та введення в дію; 3) характерна наукова ієрархія нормативно-правових актів за різними критеріями без їх законодавчого поділу) [239, с. 74]; 4) суб'єктами нормотворення є органи державної влади, органи місцевого самоврядування, інститути громадянського суспільства; 5) нормотворення спрямоване на гармонізацію із правом ЄС [239, с. 74].

Спеціальними ознаками нормативно-правового акта як джерела цивільного договірної права є такі.

1) У системі нормативно-правових актів цивільного договірної права основним актом є ЦК України (ч. 2. ст. 4 ЦК України).

2) Обов'язково застосовується до цивільних договірних правовідносин, якщо інше не встановлено в самому нормативно-правовому акті та договорі.

Цивільне законодавство характеризується наявністю диспозитивних та імперативних норм [124, с. 72]. Переважають диспозитивні норми, які застосовуються у випадку, якщо учасники правовідносин не перед-

бачать інший варіант поведінки, тобто ці норми мають допоміжний характер. Диспозитивна норма, як правило, містить певне правило поведінки, яке доповнене висловом: «якщо інше не передбачено договором». Тобто норма дозволяє сторонам врегулювати свої відносини не так, як це за загальним правилом визначено в законі. При цьому в цивільному законодавстві велика кількість імперативних норм, які не дозволяють відступити від їх змісту. Окрім того, у випадку сумніву щодо ступеня юридичної сили джерела права, слід вважати норму нормативно-правовому акту імперативною, оскільки диспозитивний характер має бути прямо у ній відображений [128, с. 63].

Розглянемо таку ознаку на прикладі ЦК України, де в окремих статтях прямо вказано, що треба застосовувати положення закону, якщо інше не визначено в договорі. Наприклад: «гарантія якості товару поширюється на всі комплектуючі вироби, якщо інше не встановлено договором» (ч. 3 ст. 675); «ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження товару, проданого під час його транспортування, переходить до покупця з моменту укладення договору купівлі-продажу, якщо інше не встановлено договором або звичаями ділового обороту» (ч. 2 ст. 668); «продавець зобов'язаний передати покупцеві товар у тарі та (або) в упаковці, якщо інше не встановлено договором купівлі-продажу або не впливає із суті зобов'язання» (ч. 1 ст. 685). Іншими прикладами з ЦК України є такі: «якщо ціну встановлено залежно від ваги товару, вона визначається за вагою нетто, якщо інше не встановлено договором купівлі-продажу» (ч. 2 ст. 691); «якщо покупець не з'явився або не вчинив інших необхідних дій для прийняття товару у встановлений

строк, вважається, що покупець відмовився від договору, якщо інше не встановлено договором» (ч. 2.ст.701); «рента виплачується після закінчення кожного календарного кварталу, якщо інше не встановлено договором ренти» (ч. 1 ст.738); «наймач зобов'язаний своєчасно вносити плату за житло. Наймач зобов'язаний самостійно вносити плату за комунальні послуги, якщо інше не встановлено договором найму» (ч. 3.ст. 815); «поточний/капітальний ремонт житла, переданого у найм, зобов'язаний здійснювати наймач/наймодавець, якщо інше не встановлено договором» (ч. 1,2 ст.819); «договір позички припиняється у разі смерті фізичної особи або ліквідації юридичної особи, якій річ було передано в користування, якщо інше не встановлено договором» (ч. 1 ст.835); «договір страхування набирає чинності з моменту внесення страхувальником першого страхового платежу, якщо інше не встановлено договором» (ч. 1 ст.983) [452] та інші.

3) Імперативні приписи містить ЦК України щодо сторін, істотних умов, строків, форми окремих договорів, зокрема:

а) щодо сторін договору: за договором роздрібної купівлі-продажу продавцем є винятково суб'єкт підприємницької діяльності (ч. 1 ст. 698 ЦК України); за договором поставки постачальником є фізична або юридична особа, яка займається підприємницькою діяльністю (ст. 712 ЦК України); страховиком за договором страхування є юридична особа, яка спеціально створена для здійснення страхової діяльності та одержала у встановленому порядку ліцензію (ч. 1 ст. 984 ЦК України); за договором факторингу клієнтом може бути фізична або юридична особа, яка є суб'єктом підприємницької діяль-

ності, а фактором може бути банк або інша фінансова установа, яка відповідно до закону має право здійснювати факторингові операції (ч. 2, 3 ст. 1079 ЦК України); сторонами в договорі комерційної концесії можуть бути фізична та юридична особи, які є суб'єктами підприємницької діяльності (ч. 1 ст. 1117 ЦК України) [452];

б) щодо істотних умов договорів. У ч. 3 ст. 1012 ЦК України визначено істотні умови договору комісії, за якими комісіонер зобов'язується продати або купити майно, є умови про це майно та його ціну; в ст. 1035 ЦК України – істотні умови договору управління майном та інші [452].

Предмет договору є завжди істотною умовою. Однак ЦК України встановлює вимоги до предмету для окремих договорів, наприклад, предметом договору поставки є товар для використання його у підприємницькій діяльності або в інших цілях, не пов'язаних з особистим, сімейним, домашнім або іншим подібним використанням (ст. 712); предметом договору довічного утримання є житловий будинок, квартира або їх частина, інше нерухоме майно або рухоме майно, яке має значну цінність (ч. 1 ст. 744); предметом договору найму житла може бути помешкання, зокрема квартира або її частина, житловий будинок або його частина (ст. 812); предметом договору страхування можуть бути майнові інтереси, які не суперечать закону і пов'язані з життям, здоров'ям, працездатністю та пенсійним забезпеченням, володінням, користуванням і розпорядженням майном, відшкодуванням шкоди, завданої страхувальником (ст. 980); предметом договору управління майном можуть бути підприємство як єдиний майновий комплекс, нерухома річ, цінні папери, майнові права та інше майно

(ст. 1030); предметом договору факторингу може бути право грошової вимоги, строк платежу за якою настав (наявна вимога), а також право вимоги, яке виникне в майбутньому (майбутня вимога) (ст. 1078); предметом договору комерційної концесії є право на використання об'єктів права інтелектуальної власності, комерційного досвіду та ділової репутації (ст. 1116) [452].

Імперативні приписи діють також як альтернатива відсутності волевиявлення сторін для окремих умов договору.

Водночас законодавство для кожного договору надає сторонам право передбачати свої власні умови, дотримуючись принципу свободи договору;

в) щодо строку договору. Наприклад: якщо у договорі найму житла строк не встановлений, договір вважається укладеним на п'ять років. (ч.1 ст. 821); якщо сторони не встановили строку договору позички, він визначається відповідно до мети користування річчю (ч. 1 ст. 831); якщо у договорі підряду не встановлені строки виконання роботи, використовується категорія розумні строки (ч. 2 ст. 846). Також в ЦК України встановлено інші строки договорів (ст. 905 – строк договору про надання послуг, ст. 938 – строк зберігання, ст. 1001 – строк договору доручення, ст. 1036 – строк договору управління майном тощо) [452];

г) щодо форми договору. Для прикладу наведемо такі норми права: форма договору найму житла (ст. 811), форма договору позички (ст. 828), форма договору побутового підряду (ст. 866), форма договору транспортного експедирування (ст. 930), форма договору зберігання (ст. 937), форма договору страхування (ст. 981), форма договору управління майном (ст. 1031), форма договору

позики (ст. 1047), форма кредитного договору (ст. 1055), форма договору банківського вкладу (ст. 1059), форма договору комерційної концесії (ст. 1118), форма договору найму будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини) (ч. 2 ст. 793) [452].

Лише у простій письмовій формі укладають договори поставки, контрактації сільськогосподарської продукції, оренди житла, водночас потребують нотаріального посвідчення договори купівлі-продажу нерухомості, ренти, довічного утримання. Щодо деяких договорів законодавець поширює загальні правила про форму правочинів. Наприклад, для договору роздрібної купівлі-продажу характерне поєднання простої письмової та усної форми.

Для окремих договорів вимога про дотримання форми договору є обов'язковою, інакше його вважають нікчемним. Це стосується насамперед договорів, що підлягають нотаріальному посвідченню (ч. 1 ст. 220 ЦК України).

д) цивільне законодавство вказує на публічний характер окремих договорів, наприклад, ч. 2. ст. 865 визначає, що договір побутового підряду є публічним договором; також відповідно до ч. 2 ст. 698 договір роздрібної купівлі-продажу є публічним [452].

3) учасники цивільних договірних правовідносин не можуть вплинути на набуття чинності нормативно-правового акту, а також на припинення його дії;

4) норми нормативно-правових актів не спрямовані на регулювання немайнових відносин між учасниками цивільних договірних правовідносин;

5) у нормативно-правових актах забезпечується свобода договору як основної засади цивільно-правового регулювання.

Отже, законодавство України являє собою величезний масив правових норм, що забезпечують нормативне регулювання договірних відносин. В об'єктивному розумінні така сукупність норм має свою систему, яка повинна посідати певне місце в структурі цивільного права та законодавства [67, с. 43].

Нормативно-правовий акт як джерело цивільного договірного права – це документ, прийнятий компетентним органом, містить норми цивільного права спрямовані на правове регулювання майнових відносин. Конституція України є основним законом держави та має пріоритет над іншими нормативно-правовими актами, але не може впливати на інші джерела цивільного договірного права. Нормативно-правовий акт як джерело цивільного договірного права має загальні та спеціальні ознаки. Загальні ознаки характеризують його як джерело права загалом та джерело цивільного права зокрема. За спеціальними ознаками визначають особливості цього акта як джерела цивільного договірного права: 1) є базою для інших нормативно-правових актів є ЦК України; 2) обов'язкова дія для правового регулювання цивільних договірних відносин, крім випадків, передбачених у самому акті; 3) містить вимоги до договору щодо сторін, істотних умов, строків, форми та інші, крім випадків, передбачених у самому акті; 4) сторони договору не можуть вплинути на набуття актом чинності, а також на припинення його дії; 5) закріплюють свободу договору як засаду цивільного законодавства, крім випадків, передбачених у самому акті; 6) його застосовують як джерело права також у випадках, коли немає правового регулювання відносин у договорі.

2.2. Міжнародні нормативно-правові акти як джерела цивільного договірних права

Міжнародні нормативно-правові акти мають важливе значення у правовій системі будь-якої сучасної держави і є одним із основних джерел правового регулювання суспільних відносин, ускладнених іноземним елементом. Одним із їх різновидів є міжнародні договори, завдяки яким забезпечується уніфікація норм матеріального та відповідність єдиним колізійним принципам правового регулювання в різних сферах суспільних відносин. Водночас у порядку застосування міжнародні договори у більшості держав світу мають пріоритет порівняно з національними нормативно-правовими актами.

У системі джерел договірних права міжнародні нормативно-правові акти займають особливе місце. Суттєві відмінності у правовому регулюванні зобов'язальних правовідносин у законодавствах зарубіжних держав та неоднозначність колізійного регулювання зазначеної сфери ускладнюють укладення міжнародних контрактів. Це зумовлює необхідність уніфікації правових норм правового регулювання договірних відносин шляхом укладення міжнародних договорів. Сьогодні міжнародні договори широко застосовують, а їхні положення враховують для вдосконалення цивільного законодавства в зазначеній сфері.

Незважаючи на важливість міжнародного договору як джерела правового регулювання договірних відносин з іноземним елементом його поняття та місце в системі джерел правового регулювання договірних відносин досліджено недостатньо.

Історично Україна посідає одне з провідних місць у системі міжнародного співробітництва. З часу про-

голошення незалежності нашої держави було визнано чинність міжнародних договорів, укладених у межах колишнього Союзу РСР та Української РСР, закріплено готовність до активної міжнародної взаємодії з іншими державами світу та міжнародними організаціями [340]. Неухильно зростає роль і значення міжнародних нормативно-правових актів і в наш час. Міжнародні нормативно-правові акти є тим засобом, за допомогою якого Україна гармонізує своє законодавство з міжнародно-правовою системою та національними правовими системами окремих держав світу [110, с. 64].

Міжнародні нормативно-правові акти – це акти компетентних органів (міжнародних організацій, законодавчих органів держав, міжнародних судових органів), які містять норми міжнародного права або їх санкціонують [54, с. 42].

У законодавстві та правовій доктрині поняття «міжнародно-правовий акт» та «міжнародний договір», як правило, ототожнюють. З такою позицією погодитися не можна. Міжнародний договір – це завжди домовленість двох або більше суб'єктів міжнародного права, спрямована на встановлення взаємних прав та обов'язків. Натомість міжнародний правовий акт може бути створений в односторонньому порядку і, на відміну від міжнародного договору, мати не загальнообов'язковий, а рекомендаційний характер. Прикладом одностороннього міжнародного нормативно-правового акта є рекомендації міжнародних організацій, які не створюють жодного юридичного обов'язку для держав, але можуть стати типовою нормою (зразком) для національного законодавства. На думку О. В. Довжук, рекомендації міжнародних організацій застосовують за наявності прога-

лин у національному законодавстві та міжнародних договорах [154, с. 41–42]. Отже, міжнародно-правовий акт є ширшим поняттям і охоплює поняття міжнародного договору.

Міжнародний договір є найпоширенішим і основним міжнародним нормативно-правовим актом. Він може мати різні форми й найменування: договір, угода, пакт, декларація, трактат, конвенція, комюніке, протокол, статут, хартія тощо [346, с. 36]. Як зазначає з цього приводу В.М. Репецький, усі ці назви виражають письмову домовленість, згідно з якою держави на правовій підставі беруть на себе відповідні зобов'язання щодо певних питань [275, с. 94]. Назва міжнародного договору не впливає на його юридичну силу. Із створенням держави договори слугували не тільки для виконання державою зовнішніх функцій, а й внутрішніх [240, с. 84].

Міжнародний договір як джерело правового регулювання суспільних відносин відомий здавна. Договори держав найдавніших цивілізацій стосувалися переважно питань миру й умов перемир'я, військової допомоги, союзів, міждержавної торгівлі, встановлення кордонів, визначати статус іноземців, тощо. Перші міжнародні договори у вигляді письмового закріплення угод держав належать до III—II ст. до н. е. Серед найдавніших із них – договір між правителями міст Лагаш й Умма в Месопотамії, укладений близько 3100 р. до н. е. Це був двосторонній договір, як і схожі договори того часу. З розвитком суспільних відносин коло питань договірної врегулювання істотно змінювалося. Розширювалася регульована ними сфера міжнародних відносин. Набули поширення багатосторонні договори, які стали основним джерелом міжнародного права [151, с. 321].

На українських землях початок застосування міжнародних договорів відносять до часів Київської Русі. Зокрема відомо про усний договір київського князя Олега з Візантією 907 р., який пізніше у 911 р. було укладено в письмовій форм [171, с. 634].

Існування держав без міжнародного співробітництва, що здійснюється шляхом укладення міжнародних договорів, неможливо уявити і в наш час. У зв'язку з поширенням застосування міжнародних договорів, як найефективнішого регулятора міждержавних відносин, вдалося розробити міжнародні норми, які встановлюють порядок укладення, дії, дійсності, тлумачення та припинення дії міжнародних договорів. Ці норми стали основою для виникнення права міжнародних договорів [201, с. 197]. Першим кодифікаційним актом, який визначав порядок укладення, умови дійсності, дії і припинення міжнародних правовідносин, була Гаванська конвенція про договори), прийнята у 1928 р. на конференції американських держав. Щоправда, вона мала регіональний характер, оскільки діяла лише у Латинській Америці [261, с. 135].

Таким чином, внаслідок широкого застосування міжнародних договорів як джерела правового регулювання різних сфер відносин, виникла самостійна підгалузь міжнародного права – право міжнародних договорів.

В енциклопедичній літературі міжнародний договір визначено як угоду між державами, іншими суб'єктами міжнародного права, що регулює їхні взаємовідносини у певній сфері шляхом установлення, зміни або припинення для її учасників прав та обов'язків згідно з основними принципами міжнародного права [93, с. 204–205].

Відповідно до п. а) ч. 1 ст. 2 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. міжнародний

договір – це міжнародна угода, укладена між державами в письмовій формі і регульована міжнародним правом, незалежно від того, чи викладена така угода в одному документі, двох чи кількох зв'язаних між собою документах, а також незалежно від її конкретного найменування [105]. Набула чинності 21.03.1986 р. Віденська конвенція про право договорів між державами і міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями, за якою сторонами міжнародного договору можуть бути не лише держави, але й міжнародні організації [103]. Слід зазначити, що один з найважливіших джерел міжнародного права Статут ООН не дає визначення поняття міжнародного договору, проте в преамбулі цього документа вказується на один із найважливіших принципів права міжнародних договорів і міжнародного права загалом – «*pacta sunt servanda*» (домовленості повинні дотримуватися, лат.) [415, с. 53-54].

Отже, відповідно до основних міжнародних нормативно-правових актів визначальними ознаками міжнародного договору є те, що: а) це угода (домовленість); б) укладається між державами, або державою і міжнародною організацією; в) регулюється міжнародним правом; г) обов'язковість виконання учасниками.

У законодавчих актах України також закріплено визначення поняття «міжнародний договір». Відповідно до ч. 1 ст. 2 Закону України «Про міжнародні договори України» міжнародний договір України можна трактувати як «укладений у письмовій формі з іноземною державою або іншим суб'єктом міжнародного права договір, що регулюється міжнародним правом незалежно від того, міститься договір в одному чи декількох пов'язаних між собою документах, і незалежно від його конкретного

найменування (договір, угода, конвенція, пакт, протокол тощо)» [540].

У законах України «Про міжнародне приватне право» (п. 11 ст. 1) та «Про громадянство України» (ст. 1) міжнародний договір України визначено як «чинний міжнародний договір України, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України» [335].

Відповідно до наказу Міністерства юстиції України та Державної судової адміністрації України «Про затвердження Інструкції про порядок виконання міжнародних договорів з питань надання правової допомоги в цивільних справах щодо вручення документів, отримання доказів та визнання і виконання судових рішень» міжнародний договір України – це «міжнародний договір, що стосується питань міжнародного правового співробітництва і правової допомоги в цивільних справах, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України і який набрав чинності в установленому порядку; а також міжнародний договір колишнього СРСР, який застосовується Україною у порядку правонаступництва» [334].

Отже, у національному законодавстві закріплено визначення поняття міжнародного договору, ідентичне за змістом до міжнародних нормативно-правових актів. Основна увага акцентується на ознаках міжнародного договору, які його характеризують як джерело права України, а не як джерело права загалом. Проте у національному законодавстві виділено такі ознаки міжнародного договору: а) стосується питань міжнародного правового співробітництва; б) набирає чинності в установленому законом порядку.

У юридичній літературі також пропонуються визначення поняття міжнародного договору. Так, англій-

ський вчений-юрист лорд Арнольд Макнейр пояснював міжнародний договір як «письмову угоду, за допомогою якої держави та міжнародні організації формують чи мають намір сформуванати відносини між собою, що діють у сфері міжнародного права» [389, с. 39]. За визначенням Л. Оппенгейма, міжнародні договори є угодами, які стосуються різних питань, що становлять інтерес для їх учасників [390, с. 105]. М. В. Буроменський під поняттям міжнародного договору розуміє закріплення взаємних міжнародних прав і обов'язків. Вчений звертає увагу на те, що міжнародні договори є джерелом зобов'язань тільки для суб'єктів міжнародного права, що беруть у них участь [272, с. 44 – 45]. Тобто, науковці вказують на таку ознаку міжнародного договору як закріплення прав та обов'язків між учасниками, з питань, що становлять для них інтерес.

Міжнародний договір є одним з найважливіших джерел міжнародного права. Так, на думку Л. Оппенгейма першочерговим джерелом міжнародного права є звичай, а міжнародні договори є джерелами, сила яких походить від звичаю. Адже той факт, що договори взагалі можуть встановлювати норми міжнародної поведінки, базується на звичаєвій нормі міжнародного права, в силу якої договори мають обов'язкову силу для договірних сторін [301, с. 48]. Таким чином вчений вказує в якості ознаки міжнародного договору на його походження від звичаю.

У науці міжнародного права пропонуються інші визначення поняття міжнародного договору, які різняться між собою змістом. Так, Ф. Ф. Мартенс вважав, що міжнародний договір – це угода волі двох чи кількох держав, яка встановлює відомі зобов'язальні відносини між державами, що уклали договір і яка є одним із найкращих

засобів для з'ясування і визначення правовідносин, навіть принципів права, що повинні панувати у сфері міжнародних відносин [253, с. 299].

Я. Броунлі розглядав міжнародні угоди як утілення практичного змісту «відносин між державами» [83, с. 304]. Таким чином, Я. Броунлі акцентує увагу на нормативності як основній ознаці міжнародного договору, норми якого мають бути загальнообов'язковими для всіх сторін та розраховані на багаторазове застосування.

Найбільш повне визначення міжнародного договору було дане англійським юристом Дж. Фіцморісом. На його думку, договором є міжнародна угода, виражена в єдиному формальному акті (незалежно від назви, титулу чи позначення), який укладений між сторонами, двоє чи усі з яких є суб'єктами міжнародного права, котрі володіють міжнародною правосуб'єктністю та правоздатністю укладати міжнародні договори, метою яких є створювати права та обов'язки або встановлювати відносини, котрі регулюються міжнародним правом [40, с. 223]. Тобто автор наголошує на тому, що сторони міжнародного договору повинні володіти міжнародною правосуб'єктністю.

На думку І. І. Лукашука, міжнародний договір – це угода між суб'єктами міжнародного права, укладення, дія і припинення якої регулюються міжнародним правом [240, с. 77]. Зазначене визначення підкреслює вольовий характер міжнародного договору.

У вітчизняній науці міжнародного права міжнародний договір пояснюють як угоду між державами чи іншими суб'єктами міжнародного права, що укладається з питань, які мають для них загальний інтерес, регулює взаємовідносини між ними шляхом встановлення взаємних прав і обов'язків [457, с. 108; 266, с. 39].

Міжнародні договори є одним з основних джерел міжнародного приватного права і спрямовані на правове регулювання приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом. І.В. Мироненко виокремлює такі ознаки міжнародного договору як джерела міжнародного приватного права: 1) результат міжнародної правотворчості, процесу узгодження волі зацікавлених держав; 2) його норми регулюють міждержавні відносини шляхом встановлення прав та обов'язків учасників-держав; 3) норми міжнародних договорів не можуть самі по собі регулювати відносини приватноправових суб'єктів, що підпадають під дію певного національного правопорядку; 4) для набуття здатності регулювати відносини за участю суб'єктів міжнародного приватного права ці норми повинні «увійти» до правової системи держави, набути юридичної сили національного права. 5) внутрішнє право держави регулює юридичний механізм набуття юридичної сили міжнародного договору [270, с. 23–24]. Загалом учений виділяє таку ознаку міжнародного договору, як набуття юридичної сили національного права. При цьому, як зазначає В. Цюкало, запровадження норм міжнародного права до національного законодавства й ефективне його застосування – досить складне, копітке і довготривале. Воно вимагає не лише ухвалення норми закону, чи, навіть, Конституції, а потребує створення відповідного механізму, який забезпечив би реалізацію міжнародних норм з урахуванням особливостей національної системи права [455, с. 140]. Такою ж є позиція Л. Луця, який зауважує, що для ефективної взаємодії національних правових систем з міжнародними системами особливу увагу потрібно приділяти створенню конституційно-правового механізму взаємодії міжнародного та національного права [246].

На думку С.В. Черниченко, внутрішньодержавне право потрібно узгодити з міжнародним у такий спосіб, щоб забезпечувати здійснення останнього [458, с. 148].

На сьогодні у науковій доктрині та практиці міжнародного права використовують дві теорії, які обґрунтовують місце міжнародних договорів у системі національного права в різних державах: дуалістичну та моністичну.

Відповідно до дуалістичної теорії національне та міжнародне право є двома різними системами, діалог між якими можливий лише за певних умов. Положення міжнародного права (норми міжнародних договорів) можуть взаємодіяти з національними правовими системами лише у разі «переведення» положень договору на мову внутрішнього права, тобто трансформації цих положень у національні нормативно-правові акти. Самі по собі міжнародні договори не можна визнавати джерелом національного права [199, с. 130].

Сутність «дуалізму» Х. Тріппелемном розкрита на прикладі «двох кіл, що тісно дотикаються, але ніколи не перетинаються» [37, с. 83]. Згідно з цією дуалістичною концепцією жоден правопорядок не може створити чи змінити норми іншого. Взаємний вплив між системами права можливий лише завдяки рецепції, внаслідок якої в національному законодавстві з'являється норма, котра є «дзеркальним відображенням» міжнародної норми [36, с. 84].

Моністична теорія, навпаки, враховує єдність міжнародного і національного права, системи яких разом утворюють єдиний світовий правовий порядок [208, с. 4]. Ця теорія поділяється на два різновиди, які роблять акцент на необхідності приймати додаткове законодавство задля надання міжнародним договорам чинності у національній правовій системі. За першим різновидом таке

законодавство вимагається (формальна інкорпорація), за іншим міжнародні договори стають частиною національного законодавства автоматично [182, с. 24]. Спільним для представників обох різновидів моністичної теорії є наголос на єдності правових систем, яка стосується ієрархії норм права [360, с. 130].

Моністичної теорії дотримуються зокрема: Австрійська Республіка, Королівство Бельгія, Республіка Білорусь, Грецька Республіка, Королівство Іспанія, Італійська Республіка, Республіка Кіпр, Мексиканські Сполучені Штати Америки, Намібія, Королівство Нідерландів, Федеративна Республіка Німеччина, Королівство Норвегія, Республіка Польща, Португальська Республіка, Російська Федерація, Сполучені Штати Америки, Турецька Республіка, Угорщина, Фінляндська Республіка, Французька Республіка, Республіка Хорватія, Чеська Республіка, Швейцарська Конфедерація, Японія. Україна [302, с. 202–2010].

Для застосування міжнародних договорів на практиці необхідне не тільки їхнє визнання частиною національного законодавства, але й визначення їхнього місця у національній правовій системі відповідної держави. Невизначеність юридичної сили міжнародного договору в національній правовій системі може призвести до порушення державою своїх міжнародних зобов'язань. Як зазначає О. О. Мережко, «питання про дію міжнародних договорів у внутрішньому праві залежить від співвідношення між національним і міжнародним правом» [266, с. 275–276]. Кожна держава може самостійно це визначати, у своїй правовій системі вона може навіть встановлювати пріоритет міжнародного права над внутрішньодержавним або навпаки.

Підтримання міжнародного правопорядку вимагає визнання пріоритету міжнародного права. Міжнародний суд ООН ще у 1988 р. ухвалив, що «основним принципом міжнародного права є те, що воно превалює над внутрішнім правом держав» [3, с. 34].

Переважає більшість держав визнають пріоритет норм міжнародних договорів над нормами національного права. Так, наприклад, Верховний суд Франції ще у 1811 р. вирішив, що «договори, які пройшли встановлені процедури підписання і промугляції, є справжніми законами, обов'язковими для держав, між якими їх було укладено» [13].

Відповідно до ст. 25 Конституції Федеративної Республіки Німеччини загальні норми міжнародного права є частиною федерального права і мають пріоритет перед законами [4]. У Конституції Бельгії немає положення про перевагу міжнародних договорів перед національними нормами права. Однак бельгійські суди пріоритет міжнародного договору в судових рішеннях зумовлюють самою його природою [302, с. 140–141]. Статтею 10 Конституції Чехії встановлено, що ратифіковані й оприлюднені міжнародні договори про права й основні свободи людини, зобов'язання за якими взяла на себе Чеська Республіка, мають пріоритет перед внутрішнім законодавством [455, с. 146]. У статті 4 Конституції Казахстану передбачено, що ратифіковані міжнародні договори мають пріоритет перед законами [455, с. 148]. Греція, Іспанія, Кіпр, Франція, Японія також закріпили в своїх Конституціях чітку норму, яка визнає міжнародні договори частиною національного законодавства і надає їм пріоритет [302, с. 103].

Отже, у більшості держав міжнародним договорам надається вища юридична сила порівняно з національним законодавством.

У ч. 3 ст. 91 Конституції Нідерландів закріплено, що будь-яке положення міжнародного договору, яке суперечить Конституції, має схвалити більшість, зокрема не менше двох третин голосів депутатів Генеральних штатів» [302, с. 103]. Конституція Фінляндії у §106 передбачає, що міжнародні договори у цій державі мають статус звичайних законів чи адміністративних актів [302, с. 110]. У Чилі, Болівії та Парагваї міжнародний договір має таку ж юридичну силу, як і національний закон [20, с. 13].

У ст. 29.6 Конституції Ірландії передбачено, що міжнародний договір не є частиною національного права держави, якщо інше не встановлено парламентом [302, с. 39]. Йдеться про те, що положення міжнародного договору самі по собі не мають юридичної сили у внутрішньодержавному праві, для застосування їх у національній правовій системі необхідно прийняти відповідне законодавство, в якому було б відображено його положення.

Стаття VI Конституції США закріпила принцип: «Міжнародне право – частина права держави». Передбачається, що Конституція і закони США, видані на її виконання, так само як і всі договори, що укладені або будуть укладені, є вищими законами держави, і суди кожного штату зобов'язуються їх виконувати, навіть якщо в конституціях і законах будь-якого штату є суперечливі положення [34]. У цій державі міжнародному договору надається однакова юридична сила на рівні із законами США.

Отже, у різних державах міжнародні договори займають неоднакове місце у внутрішньому праві.

Україна належить до тих держав, які не мають конституційно закріпленого примату норм міжнародних договорів у національній правовій системі. У ст. 9 Конституції України закріплено, що частиною національного законодавства є ті чинні міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надала Верховна Рада України. Така згода надається відповідно до ст. 9 Закону України «Про міжнародні договори України» у вигляді закону про ратифікацію відповідного міжнародного договору.

Підтвердженням визнання пріоритету міжнародного права в нашій державі над національним є Декларація про державний суверенітет України, яка проголошує пріоритет загальновизнаних норм міжнародного права перед нормами внутрішньодержавного [141]. У Законі України «Про міжнародні договори України» (ст. 19) встановлено, що чинні міжнародні договори України, згоду на обов'язковість яких надала Верховна Рада України, є частиною національного законодавства і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства [336]. Відповідно до ч. 2 ст. 19 цього Закону, «якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору, тобто йдеться про пріоритет норм міжнародних договорів над нормами національних нормативно-правових актів» [141].

Отже, переважна більшість держав світу, та Україна зокрема, визнають пріоритет норм міжнародних договорів над нормами національного права. Це означає, що ще однією ознакою міжнародного договору є його пріоритет над нормами національного законодавства.

На думку В.І. Кисіля, міжнародний договір є джерелом міжнародного приватного права і його треба застосовувати до приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом з дотриманням низки інших умов: 1) міжнародний договір має підписати уповноважена на те особа певної держави; 2) повинні бути виконані всі умови щодо набуття таким договором чинності на міжнародному рівні; 3) держава має дати свою згоду на обов'язковість для неї цього договору; 4) кожна держава може передбачити для себе межі застосування положень міжнародного договору на своїй території [274, с. 95]. Загалом науковець акцентує увагу на тому, що для укладення міжнародного договору потрібно дотримуватись усіх норм міжнародного і національного права, які регулюють порядок і форму укладення міжнародного договору та трансформації його в національне законодавство держав.

Отже, ознакою міжнародного договору є укладення у формі та порядку відповідно до вимог міжнародного і національного права.

Загалом ознаками міжнародного договору як джерела права є такі: 1) це угода (домовленість); 2) походить від звичаю; 3) регулюється міжнародним правом; 4) стосується питань міжнародного правового співробітництва; 5) учасниками є держави, або держави і міжнародні організації, які володіють міжнародною правосуб'єктністю; 6) закріплює права та обов'язки між учасниками; 7) укладається у формі та порядку, передбаченому вимогами міжнародного і національного права; 8) набирає чинності у встановленому законом порядку; 9) обов'язкове виконання його учасниками; 10) норми розраховані на багаторазове застосування; 11) має (у переважній більшості держав) пріоритет над нормами національного законодавства.

З урахуванням цих ознак, на нашу думку, поняття міжнародного договору можна трактувати як угоду з питань міжнародного правового співробітництва між державами або державами і міжнародними організаціями, які володіють міжнародною правосуб'єктністю, де закріплено їх взаємні права та обов'язки, укладена у формі та порядку, передбаченому в міжнародному та національному праві, регулюється нормами міжнародного права та обов'язкова для виконання сторонами-учасниками.

Міжнародні договори все частіше містять норми, які регулюють не міжнародні (міждержавні, міждержавні) відносини, а приватно-правові відносини з іноземним елементом. Чисельність міжнародних договорів, що стосуються різних сфер приватних відносин (сімейних, речових, трудових, деліктних, сімейних, спадкових тощо), щороку зростає. Одним із правових інститутів приватного права, норми якого тісно пов'язані з відповідними положеннями міжнародного приватного права, є інститут договірної права [150, с. 84].

Співіснування відокремлених правових систем, кожна з яких має свою специфіку, призводить до ситуації, коли правове регулювання приватноправових відносин у багатьох правових порядках залишається різним. Тому уніфіковані норми, які створюються завдяки укладенню міжнародних договорів для їх регулювання, набувають особливо важливого значення, відсуваючи колізійне регулювання на другий план.

Чисельність міжнародних договорів, що стосуються різних сфер приватних відносин (сімейних, речових, трудових, деліктних, сімейних, спадкових, тощо), щороку зростає.

Одним із правових інститутів приватного права, норми якого тісно пов'язані з відповідними положеннями міжнародного приватного права, є інститут договірного права.

На початок ХХІ ст. на регіональних та універсальному рівнях прийнято великий масив уніфікованих матеріально-правових норм міжнародного приватного права у сфері правового регулювання договірних зобов'язань. Це відображає загальну тенденцію до гармонізації норм національного законодавства у сфері договірного права. На основі аналізу положень основних міжнародних договорів спробуємо з'ясувати ознаки міжнародного договору як джерела цивільного договірного права.

Міжнародні конвенції, які регулюють договірні відносини, окреслюють сферу їхнього застосування та коло договорів, до яких застосовуються та до яких не застосовуються їхні положення. Зокрема у Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11.04.1980 р. закріплено, що ця Конвенція не стосується «продажу товарів, придбаних для особистого, сімейного чи домашнього використання, крім випадків, коли продавець у будь-який час до чи в момент укладення договору не знав і не міг знати, що товари придбані для такого використання» (п. а) ст. 2) [112].

Відповідно до Конвенції УНІДРУА про міжнародний факторинг від 28.05.1988 р., «постачальник відступає або може відступати фактору право грошової вимоги, яке впливає з договорів купівлі-продажу товарів, укладених між постачальником та його покупцями (боржниками), крім договорів купівлі-продажу товарів, придбаних у першу чергу для їхнього особистого, сімейного або домашнього використання» (п. 2 а) ст. 1) [274, с. 183].

У Конвенції УНІДРУА про міжнародний фінансовий лізинг 28.05.1988 р. зазначено, що «ця Конвенція застосовується до операцій фінансового лізингу щодо всього обладнання, за винятком того, яке повинно бути використане здебільшого з особистою, сімейною або побутовою метою лізингоодержувача» (п. 4. ст. 1) [211].

Слід зазначити, що Женевська конвенція ООН «Про представництво при міжнародній купівлі-продажі товарів» від 17.02.1983 р. «не зачіпає правил про захист прав споживачів» [274, с. 186].

Отже, проаналізовані конвенції виключають зі сфери правового регулювання договори, укладені з метою задоволення особистих, сімейних, домашніх потреб. Такі договори в юридичній літературі отримали назву «споживчі договори». У юридичній літературі цим поняттям окреслюють договори, за якими продавець, виробник, виконавець, що є підприємцем, реалізує товар, виконує роботи, надає послуги споживачеві-фізичній особі, яка набуває, замовляє, використовує товар, роботи, послуги для особистих культурно-побутових, сімейних, домашніх та інших особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням професійних обов'язків найманого працівника [453, с. 89]. Договори, укладені щодо підприємницької діяльності на відплатній основі, де сторони (чи одна зі сторін якої) є суб'єктами підприємницької діяльності, називають підприємницькими, або комерційними. На думку А. С. Довгерта, застосування терміна «міжнародні комерційні договори (контракти)» у міжнародному комерційному обігу зумовлено насамперед необхідністю відмежувати та вивести зі сфери правового регулювання так звані «договори споживання» [274, с. 163].

Отже, можна зробити висновок, що міжнародний договір є джерелом правового регулювання для міжнародних комерційних договорів (контрактів).

Наступним критерієм, який застосовують як ознаку, що характеризує договір як міжнародний, є критерій місцезнаходження комерційних підприємств контрагентів у різних державах. Як зазначає І.С. Зикін, «до зовнішньоекономічних належать договори (угоди) між особами, комерційні підприємства яких знаходяться в різних державах» [185, с. 72]. Таку ознаку міжнародного договору закріплено у низці міжнародних конвенцій.

У Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів зазначено: «Положення цієї конвенції застосовують, коли комерційні підприємства продавця і покупця перебувають у різних державах» (ст. 1) [212].

Женевську конвенцію ООН про представництво в міжнародній купівлі-продажі товарів «застосовують, якщо особа, яку представляють, і треті особи мають свої комерційні підприємства в різних державах, коли: а) посередник має своє комерційне підприємство в договірній державі; або б) згідно з нормами міжнародного приватного права застосовано право Договірної держави, а також якщо тільки особа, яку представляють, і треті особи мають свої комерційні підприємства в різних державах» (ст. 2) [274, с. 186].

Конвенцію УНІДРУА про міжнародний факторинг «застосовують щоразу, коли грошові вимоги, відступлені згідно з договором факторингу, впливають з договору купівлі-продажу товарів між постачальником та боржником, які здійснюють господарську діяльність на території різних держав» (п. 1 ст. 2) [274, с. 183].

Конвенцію УНІДРУА про міжнародний фінансовий лізинг «застосовують в тому випадку, коли місця

здійснення підприємницької діяльності лізингодавця й лізингоодержувача знаходяться в різних державах» (п. 1. ст. 3) [211].

Відповідно до Конвенції ООН про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів «договір купівлі-продажу товарів вважається міжнародним, якщо на момент укладення договору комерційні підприємства покупця та продавця перебувають у різних державах» (п. 2 ст. 2) [150, с. 276].

У Законі України «Про зовнішньоекономічну діяльність» встановлено, що зовнішньоекономічним договором (контрактом) визнається «матеріально оформлена угода двох або більше суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та їх іноземних контрагентів, спрямована на встановлення, зміну або припинення їх взаємних прав та обов'язків у зовнішньоекономічній діяльності» (ст. 1). Таке пояснення зовнішньоекономічного контракту в національному законодавстві спричинило появу критичних зауважень зі сторони вчених. Так, В. Л. Чубарєв неправильність такого визначення підтверджує прикладом, «коли український підприємець укладе контракт з особою, яка має комерційне підприємство поза межами України, проте постійно веде справи в нашій державі, такий контракт не буде вважатися зовнішньоекономічним відповідно до національного законодавства, оскільки місце бізнесу обох контрагентів знаходиться в одній і тій же країні. Проте відповідно до міжнародних конвенцій цей договір є зовнішньоекономічним, оскільки комерційні підприємства зазначених осіб перебувають у різних державах» [460, с. 258] .

Вищезазначене підтверджує не відповідність визначення зовнішньоекономічного договору в національно-

му законодавстві світовій тенденції, відображеній й міжнародних актах.

З урахуванням цього можна зробити висновок, що зовнішньоекономічними є договори (контракти), які укладаються між сторонами, комерційні підприємства яких знаходяться на території різних держав.

Отже, наступною ознакою міжнародного договору як джерела цивільного договірної права є те, що він регулює відносини між суб'єктами, комерційні підприємства яких знаходяться на території різних держав.

Основною метою держав, які укладають міжнародні договори, є врегулювання відносин, учасниками яких є суб'єкти господарювання, котрі походять з держав-учасників Конвенції. Про це йде мова в таких нормах міжнародних конвенцій:

1) Конвенції про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів: «Конвенція застосовується лише в тих випадках, коли комерційні підприємства сторін договору міжнародної купівлі-продажу товарів у момент його укладення перебувають у Договірних Державах» (ст. 3) [150, с. 276].

2) Афінської конвенції про перевезення морем пасажирів та їх багажу: «Конвенція застосовується до будь-якого міжнародного перевезення, якщо: а) судно плаває під прапором Держави, яка є Стороною цієї Конвенції, або зареєстроване в такій Державі, або б) договір перевезення укладено в Державі, яка є Стороною цієї Конвенції, або с) відповідно до договору перевезення місце відправлення або місце призначення знаходяться в Державі, яка є Стороною цієї Конвенції» (ст. 2) [460, с. 338];

3) Женевської конвенції ООН про представництво в міжнародній купівлі-продажі товарів: «Положення

конвенції застосовують, якщо особа, яку представляють, і треті особи мають свої комерційні підприємства в різних державах, коли: а) посередник має своє комерційне підприємство в договірній державі, або б) згідно з нормами міжнародного приватного права застосовано право Договірної Держави» (ст. 2) [274, с. 186];

4) Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів: «Конвенція застосовується, коли комерційні підприємства продавця і покупця перебувають у різних державах, які є договірними державами» (ст. 1) [212];

5) Конвенції УНІДРУА про міжнародний факторинг: «Конвенція застосовується для регулювання відносин між сторонами, які здійснюють свою діяльність на території Договірних Держав» (ч. 1 ст. 2) [274, с. 183];

6) Конвенції УНІДРУА про міжнародний фінансовий лізинг: «Конвенція застосовується у тому випадку, коли держава місця здійснення підприємницької діяльності лізингодавця й лізингоодержувача й держава, в якій знаходиться місце здійснення підприємницької діяльності постачальника, є Договірними Державами, або (b) як договір поставки, так і договір лізингу регулюються законодавством Договірної держави» (ст. 3) [211].

З наведених норм конвенцій можна зробити висновок, що наступною ознакою міжнародного договору як джерела цивільного договірного права є те, що його можуть застосовувати для регулювання договірних відносин лише суб'єкти, які походять з держав-учасників міжнародного договору. За цією ознакою міжнародний договір як джерело правового регулювання договірних відносин відрізняється від звичаю, який не обмежує кола суб'єктів, які можуть його застосовувати.

Норми, закріплені у конвенціях, щодо правового регулювання договірних відносин, надають можливість суб'єктам договірних відносин відмовитися від їх застосування або виключити дію їх окремих положень. Наприклад:

1) Конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів: «Сторони можуть виключати застосування цієї Конвенції або, за умови додержання ст. 12, відступати від будь-якого з її положень чи змінювати його» (ст. 6) [212];

2) Женевська Конвенція ООН про представництво при міжнародній купівлі-продажі товарів: «Особа, яку представляють або представник, який діє відповідно до явно виражених або таких, що маються на увазі вказівок особи, яку представляють, можуть узгодити з третіми особами виключення застосування цієї Конвенції або за умови дотримання ст. 11 відступ від будь-якого його положення або змінити його дію» (ст. 5) [274, с. 186].

3) Конвенції УНІДРУА про міжнародний факторинг: «Застосування цієї Конвенції може виключатися: 1. (а) сторонами договору факторингу; або (б) сторонами договору купівлі-продажу товарів стосовно грошових вимог, що впливають тоді, коли фактор був письмово повідомлений про це виключення або після цього. 2. Якщо застосування цієї Конвенції виключається відповідно до попереднього пункту, то таке виключення може бути зроблене тільки до Конвенції в цілому» (ст. 3) [274, с. 183];

4) Конвенція УНІДРУА про міжнародний фінансовий лізинг: «Сторони можуть дійти згоди про незастосування Конвенції. А у випадку її застосування сторони можуть частково відмінити або змінювати дію будь-яко-

го з її положень, крім положень пункту 3 статті 8, підпункту «б» пункту 3 і пункту 4 статті 13» (ст. 5) [211];

5) Конвенція ООН про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів: «Конвенція не застосовується в тих випадках, коли сторони договору купівлі-продажу в зрозумілій формі виключили її застосування» (п. 3 ст. 3) [150, с. 276].

Аналіз конвенцій у сфері правового регулювання договірних відносин дозволяє зробити висновок про їх диспозитивний характер, що є наступною ознакою міжнародного договору як джерела міжнародного права.

Отже, спеціальними ознаками міжнародного договору як джерела цивільного договірного права є те, що: 1) його застосовують лише до відносин із комерційних договорів (контрактів); 2) він регулює відносини між сторонами, комерційні підприємства яких знаходяться на території різних держав; 3) його застосовують для правового регулювання відносин між особами, які походять з держав-учасників міжнародного договору; 4) він має диспозитивний характер застосування, оскільки сторони мають право встановити у цивільно-правовому договорі правило про не застосування міжнародного договору для правового регулювання відносин.

З урахуванням загальних ознак міжнародного договору, а також його ознак як джерела договірного права вважаємо, що це поняття слід розглядати як угоду між державами, укладену у формі та порядку, передбаченим вимогами міжнародного і національного права, яку можна застосовувати для регулювання договірних відносин комерційного характеру між суб'єктами, комерційні підприємства яких заходять на території договірних держав [306, с. 83–87].

2.3. Право Європейського Союзу як джерело цивільного договірнього права

Інтеграція до європейського політичного, економічного, правового простору є одним із національних пріоритетів України [306, с. 84]. 16 вересня 2014 р. Україна ратифікувала Угоду про асоціацію з ЄС [218]. Відповідно до зазначеної угоди основною метою асоціації є створення умов для посилення економічних та торговельних відносин, інтеграція України до внутрішнього ринку ЄС, вироблення спільної політики у сфері торгівлі послугами та електронної торгівлі, узгодження законодавства України із законодавством ЄС [145, с. 47].

За останні роки предметом гострих дискусій стало європейське договірне право. Зважаючи на об'єктивну потребу адаптації законодавства України до міжнародних норм і норм права ЄС, актуальним є дослідження основних джерел європейського договірнього права і принципів, за якими воно діє [239, с. 50].

ЄС є унікальним міжнародним утворенням, прикладом успішного політичного та правового співробітництва й економічної інтеграції [326, с. 4]. Його створення було зумовлено розвитком економічної, політичної та правової інтеграції на європейському континенті [314, с. 4]. У ЄС особлива правова система діє паралельно із законодавством держав-членів ЄС. З огляду на це важливо диференціювати поняття «європейське право» і «право ЄС».

На думку Л.М. Ентіна, «європейське право» є сукупністю юридичних норм, що утворюються і діють у межах правових систем європейських держав [168, с. 34].

О. В. Стрельцова вказує на те, що «європейське пра-

во» є частиною міжнародного права, його регіональною підсистемою [384, с. 7]. Такого ж погляду дотримується Ю.М. Колосов, зауважуючи, що європейське право є «регіональним міжнародним правом» [167, с. 29].

У юридичній літературі деколи поняття «європейське право» та «право ЄС» використовують як тотожні, синонімічні. Зокрема О. Андрійчук вказує що, «європейське право» – поняття, тотожне «праву ЄС» [51, с. 17]. Б. Н. Топорнін теж дотримується підходу щодо ототожнення європейського права і права ЄС [414, с. 17].

На нашу думку, ототожнювати право ЄС і європейське право не доцільно, адже європейське право складне, багатоаспектне і багаторівневе явище. Підтримуємо думку, яку висловлюють у юридичній літературі Л. А. Луць і О. О. Гріненко, що європейське право охоплює норми міжнародного права, норми права ЄС та норми національного права [245, с. 109 с.; 132, с. 104–105]. Йдеться про те, що право ЄС є одним з важливих складників системи європейського права, але не єдиним її компонентом. Отже, поняття «європейське право» ширше за поняття «право ЄС».

Право ЄС являє собою самостійну правову систему, виникнення і розвиток якої пов'язані з процесами соціально-економічної та політичної інтеграції на теренах європейського континенту [280, с. 3]. Йому притаманна специфічна внутрішня система і поділ на окремі структурні елементи, пов'язані між собою.

У юридичній літературі «право ЄС» визначають як сукупність правових норм, правил та інших юридичних засобів, за допомогою яких регулюється процес європейської інтеграції та діяльності Євросоюзу [431, с. 235]. Норми права ЄС регулюють суспільні відносини, які

складаються в межах Європейських товариств, і власне ЄС [323, с. 124].

ЄС наділений компетенцією з широкого кола питань, тому право ЄС за сферою дії та обсягом нормативного матеріалу не поступається національним правовим порядкам держав-членів ЄС [280, с. 3]. Воно охоплює норми різних галузей та правових інститутів і має своєрідний, унікальний структурний поділ.

Норми права ЄС є нормами прямої дії. У доктрині міжнародного права нормами прямої дії позначають норми, які пов'язані з внутрішніми правовими порядками держав після їх імплементації органами виконавчої або законодавчої влади держав [11, с. 308]. Правові акти ЄС обов'язкові не тільки для держав-членів та їх органів, але й для фізичних і юридичних осіб, які перебувають під їхньою юрисдикцією [259, с. 1].

На території держав-членів право ЄС має вищу юридичну силу порівняно з внутрішнім правом держав-членів [195, с. 85–86]. Як слушно зазначає македонська дослідниця О. Костоська, якби було визнано пріоритет внутрішніх норм над союзними, то ЄС навряд чи міг би виконати ті завдання, які на нього покладали держави-учасники. У цьому випадку здатність ЄС до нормального функціонування була б під загрозою, а ідея побудови «об'єднаної Європи», на яку покладалися особливі надії, навряд чи будь-коли була б досягнута [21, с. 55].

Отже, у випадку колізії норм національного права та права ЄС перевага надається останнім, що їх і повинні застосувати національні суди [168, с. 56].

У юридичній літературі немає єдності поглядів щодо правової природи права ЄС. Одні автори вважають, що право ЄС – це сукупність юридичних норм, які ство-

рені його інститутами [227, с. 63], на думку інших, воно є міжнародним правом [231, с. 80], треті вважають, що право ЄС має комплексний характер і не може бути відокремленим від загального міжнародного права, а певна його частина є формою координації, зближення та уніфікації внутрішнього права держав-учасників [235, с. 8].

Спробуємо проаналізувати зазначені підходи до трактування правової природи права ЄС. На зв'язку права ЄС з міжнародним та національним правом держав ЄС наголошує О. Кібенко. На думку вченої, право ЄС не можна застосовувати у вакуумі. Воно ґрунтується на правовій системі кожної з держав-членів та в деяких випадках – на міжнародно-правових нормах [269, с. 51]. Такої ж позиції дотримується І. Яворська, зауважуючи, що правова система ЄС увібрала найпрогресивніші здобутки та правові традиції європейських держав і міжнародного права. На думку вченої, нерозривний зв'язок з міжнародною правовою системою, з правовими системами держав-членів зумовлює засади функціонування правової системи ЄС, тим самим визначаючи компетенцію та особливості формування його інституційної системи [485, с. 201–202].

На думку А. Х. Саїдова, право ЄС сформоване на межі міжнародного та національного права [362, с. 204–205]. В. А. Остапенко зазначає, що сформований у межах Європейських співтовариств автономний правопорядок є симбіозом міжнародно-правових та національних правових норм [55, с. 12]. Правова система ЄС «здійснює певний вплив і на національні правові системи» держав-членів та «переплітається з ними» [1, с. 57].

Заслуговує на увагу думка С. Гоці, який вважає, що правова система ЄС бере свій початок у системі між-

народного права і є його частиною. Однак діяльність інституцій ЄС, зокрема його судових органів, перетворила його на самостійну юридичну й політичну систему [419, с. 42]. Ця система відрізняється від класичних систем міжнародного та національного права європейських держав [422, с. 84].

На нашу думку, розуміння європейського права як частини міжнародного права не враховує особливостей правових принципів, інструментів і механізмів, що притаманні європейському праву. Безумовно, джерела права ЄС та міжнародного права тісно пов'язані. Це зумовлено тим, що основою функціонування ЄС є міжнародні публічні договори, вони мають найвищу юридичну силу в його правопорядку і визначають правовий статус інших джерел права. Але право ЄС відрізняється від джерел міжнародного права також тим, що в міжнародному праві немає вичерпного переліку джерел та їхньої ієрархії, це право слабо структуроване [8, с. 11].

Отже, право ЄС є унікальною правовою системою, яка відрізняється від класичних систем національного та міжнародного права. Активна роль у розробленні норм права ЄС належить Суду ЄС, що відрізняє право Євросоюзу від права міжнародних організацій [49, с. 63]. На думку М. Ентіна, судове нормотворення перетворилося на одну з відмінних рис правового порядку, що виник на основі договорів про створення ЄС. Розроблені Судом ЄС юридичні концепції стали частиною права співтовариств [170, с. 15].

На нашу думку, на сьогодні немає об'єктивних підстав для будь-яких однобічних висновків щодо правової природи ЄС, кожен із зазначених підходів до розуміння права ЄС заслуговує на увагу. Різні концепції розуміння

права ЄС дозволяють сформулювати основні його ознаки: 1) має свою структуру; 2) регулює суспільні відносини в межах ЄС; 3) обов'язкове для застосування та виконання для держав-членів ЄС, а також фізичних і юридичних осіб, які перебувають під їх юрисдикцією; 4) акти первинного права застосовує без ухвалення спеціальних актів; 5) має вищу юридичну силу порівняно з національним правом держав-членів; 6) забезпечує досягнення мети та вирішення завдань ЄС; 7) пов'язане з правопорядками держав-членів ЄС та міжнародною правовою системою.

З урахуванням цього право ЄС можна визначити як систему правових норм, що регулюють суспільні відносини в межах ЄС, базуються на рішеннях суду ЄС, обов'язкові для держав-членів ЄС та фізичних і юридичних осіб, які перебувають під їхньою юрисдикцією.

Джерелами права ЄС є зовнішні форми фіксації норм права Євросоюзу обов'язкового характеру [379, с. 5]. Коло джерел права ЄС є досить об'ємним і різноманітним за змістом. У правовому полі ЄС діють спеціальні нормативно-правові акти, акти неюридичного характеру та інші джерела, які не властиві національним правовим системам і міжнародному праву [486, с. 212]. Сукупність джерел права ЄС утворюють цілісну систему з властивою для такої системи ієрархією актів [318, с. 132].

На сьогодні юристи пропонують класифікувати джерела права ЄС за різними критеріями. Це пояснюється особливостями системи права ЄС, що перебуває в постійному русі, динамічне та постійно змінюється. Варто погодитись з позицією М.Л. Ентіна, що право Союзу має комплексну природу, тому поділяти систему його джерел за допомогою лише одного якогось критерію складно [170, с. 74].

У юридичній літературі пропонують поділяти джерела права ЄС за сферою дії на внутрішні, що діють винятково в межах правопорядку Союзу, та зовнішні, які регулюють суспільні відносини з третіми суб'єктами [30, с. 240, 241].

На думку К. Смірної, до системи внутрішніх джерел права ЄС слід віднести установчі документи; акти зобов'язального характеру, які ухвалені інститутами ЄС, нетипові джерела (акти, створені під час практичної діяльності органів Союзу та Суду ЄС); конвенції держав-членів; міжінституційні угоди; загальні принципи права. До зовнішніх джерел вчена відносить міжнародні угоди, укладені компетентними структурами ЄС з іншими суб'єктами міжнародного права; міжнародні угоди їх держав-членів з третіми державами та міжнародними організаціями, акти зобов'язального характеру, ухвалені органами співробітництва з третіми державами та міжнародними організаціями [379, с. 10–11].

С. Везеріл поділяє джерела права ЄС за суб'єктами, що їх приймають: установчі договори, які укладені державами-членами ЄС, законодавство, прийняте політичними інститутами ЄС; загальні принципи права як результат роботи судової інституції ЄС [39, с. 27].

Г.Р. Данелія поділяв джерела права ЄС за сферами регулювання: 1) норми, що організовують співпрацю в галузі спільної зовнішньої політики й політики безпеки; 2) норми, що формулюють спільну зовнішню політику і політику безпеки ЄС, зокрема спільні стратегії, спільні позиції тощо; 3) норми, що стосуються спільної зовнішньої політики і політики безпеки, виробленої в межах зовнішньополітичної співпраці [138, с. 15].

Поширеним є також поділ джерел права ЄС за формою зовнішнього вираження – на писані та неписані. На думку Т. Хартлі, писані норми права ЄС можуть приймати держави-члени або інститути ЄС. Неписане право створюють суди, його дія невизначена до моменту його визнання судом [436, с. 100].

У теорії найбільшого поширення набув поділ джерел права ЄС на первинні та вторинні за різними критеріями [53, с. 48–49; 257, с. 236]. А. Капустін поділяє джерела права ЄС на такі види за критерієм порядку їх формування. До первинних автор відносить: норми установчих договорів та ті конвенційні норми, які вносять зміни в установчі договори, звичаєві норми та норми загально-го міжнародного права. До вторинних – юридичні акти, що ґрунтуються на нормах первинного права, спрямовані на досягнення мети і завдань, встановлених нормами первинного права [194, с. 244–245].

Д. Лесок критерієм поділу джерел на первинні та вторинні вважає спосіб їх утворення. Первинними джерелами автор вважає акти, укладені державами-членами або безпосередньо ЄС, наприклад, установчі договори, конвенції між державами-членами, міжнародні договори ЄС. До вторинних належать правові акти інститутів та органів ЄС, «суддівське законодавство», яке охоплює прецеденти та загальні принципи права [22, с. 103].

Щодо запропонованих класифікацій можна зробити висновок, що норми джерел первинного права ЄС характеризуються такими ознаками: 1) містяться в установчих договорах, конвенціях та міжнародних договорах; 2) їх укладають держави ЄС або безпосередньо ЄС; 3) вони мають вищу юридичну силу в ієрархії норм права ЄС.

Вторинним джерелам права ЄС властиві такі ознаки: 1) вони є результатом нормотворчості інститутів та органів Союзу; 2) спрямовані на досягнення мети і завдань, передбачених нормами первинного права.

На сьогодні в ЄС немає остаточно сформованого переліку джерел права. Більшість джерел права ЄС мають унікальні особливості, які відрізняють їх як від джерел міжнародного публічного права, так і національного права держав-членів.

Класифікація джерел права ЄС орієнтує на вивчення та пізнання всієї сукупності складних та ієрархічних зв'язків між ними. Однак більшість цих класифікацій не охоплює таких джерел права Євросоюзу, як загальні принципи права ЄС та судові прецеденти Суду ЄС, які не можна цілком віднести до однієї із класифікаційних груп.

На нашу думку, найважливішою класифікацією норм права ЄС, яка допомагає з'ясувати їхній остаточний перелік, є поділ їх на первинні та вторинні.

До джерел первинного права належить група міжнародних договорів установчого характеру, правові звичаї, звичаї і традиції, взяті як з правових систем держав-членів самого ЄС, так і перейняті з міжнародного права [427, с. 83–88]. Джерелами вторинного права ЄС є нормативно-правові акти, індивідуально-правові акти, рекомендаційні акти, акти *sui generis*, нормативні договори.

У юридичній літературі виокремлюють такі основні вторинні нормативно-правові акти ЄС: 1) регламент; 2) директива; 3) рамкове рішення.

Регламент (англ. *regulation*, франц. *reglement*, нім. *Verordnung* [50, с. 130]) – вид акта вторинного законодавства ЄС загального значення, обов'язковий у всіх своїх

частинах, який прямо застосовують у всіх державах-членах ЄС [72, с. 100].

Відповідно до ст. 249 Договору про заснування ЄС, регламент – це акт, що має поряд з іншими правовими джерелами найвищу юридичну силу. Його застосовують в тих випадках, коли необхідно деталізувати принципи положення самих установчих договорів. Регламенти встановлюють загальні правила, які однаково діють у державах-членах ЄС [324, с. 38].

Суттєвою характеристикою регламенту є його прямий характер дії, що означає: положення регламенту безпосередньо потрібно застосовувати в будь-якій державі-члені [436, с. 213–215]. На думку К.В. Смірної, регламент є методом уніфікації у праві Євросоюзу, що полягає у створенні однакових правових засад для правового регулювання відносин шляхом заміни національних актів на нормативно-правові акти ЄС [379, с. 18].

Директива (англ. *directive*, франц. *directive*, нім. *Richtlinie* [50, с. 52]) – вид акта вторинного законодавства ЄС, обов’язковий для кожної держави-члена, якій цю директиву адресовано, щодо результатів, яких треба досягти, однак залишає за національним органом влади право обирати форму та засоби.

Директива є загальнообов’язковим актом, що відрізняється від регламенту тим, що в ній вказано мету й результати, яких слід досягти, проте надає національним урядам повну свободу обирати форму і способи досягнення цих результатів [155, с. 89]. Директива як джерело права ЄС має свою специфіку і відрізняється від регламенту тим, що є обов’язковою тільки для тієї держави (або групи держав), якій вона адресована й лише щодо того результату, до досягнення якого її передбачено.

Форми і способи реалізації положень, закріплених у директиві, визначає сама держава-дестинатор директивного правоположення [427, с. 86].

На думку К.В. Смірнкової, директива у праві Євросоюзу є методом гармонізації, який полягає у встановленні правил, спрямованих на зближення положень законодавчих актів держав-членів з правом Євросоюзу в певній галузі співробітництва [379, с. 13].

Рамкове рішення за своєю правовою природою не має прямої дії, а лише покладає на держави-члени ЄС обов'язок досягнути певного результату – вжити необхідних заходів для приведення національного законодавства у відповідність до правил цього рішення [66, с. 40].

Індивідуально-правові акти адресовані певній особі або групі осіб, якими можуть бути як держави, так і окремі юридичні особи [324, с. 39]. Вони є обов'язковими у всіх своїх складниках і в повному обсязі для всіх суб'єктів, яким вони адресовані.

Прикладом індивідуально-правових актів є рішення Суду ЄС. Як зазначає П.Дж.Г. Каптейн, рішення Суду ЄС може бути адресоване як державам-учасницям ЄС, так і окремим юридичним і фізичним особам. Воно поширюється винятково на конкретні випадки для досягнення певної мети і результату [436, с. 236].

Рекомендаційними акти ЄС є рекомендації та висновки, їх ще називають актами «*soft law*». Вони не мають загальнообов'язкової сили. До рекомендаційних актів належать: загальні стратегії, загальні позиції, спільні акції, а в межах третьої опори – спільні позиції.

Відсутність зобов'язального характеру не означає, що рекомендації та думки не слід брати до уваги – їх невиконання має бути зумовлене важливими аргументами.

Рекомендації та думки можуть ухвалювати найважливіші органи ЄС, а їх адресатами можуть бути як держави чи органи спільнот, так і фізичні та юридичні особи. Рекомендація відрізняється від думки насамперед тим, що не лише формулює певну оцінку ситуації, але й пропонує конкретні дії для вирішення проблеми [198].

До актів «*sui generis*» належать резолюції Європейського парламенту та резолюції Ради ЄС, а до других – міжнародні договори ЄС, угоди між інститутами Союзу та ін. До них К.В. Смірнова відносить рішення Ради Євросоюзу, що є обов'язковими для інститутів ЄС, та резолюції Ради Євросоюзу щодо засобів правового зближення, які мають бути імplementовані на основі цих резолюцій [379, с. 17].

До джерел права ЄС відносяться й нормативні договори, різновидами яких є міжнародні договори ЄС, конвенції між державами-членами, міжінституційні угоди (між Радою, Комісією і Європарламентом) [75, с. 21].

Окрему категорію джерел, поряд з первинним і вторинним правом, становить прецедентне право, загальні принципи права та принципи права ЄС [92, с. 89].

Правила і принципи, що закріплюються в прецедентах судів ЄС, є загальнообов'язковими для національних органів правосуддя держав-членів Союзу.

Загальні принципи права ЄС – це неписане право ЄС, тобто загальні принципи, що їх поділяють всі держави ЄС [324, с. 40–41]. Насамперед це загальні принципи права, зміст яких встановлює Суд ЄС. Так, до прикладу, відповідно до ч. 3 ст. 6 Договору про ЄС, загальними принципами права Союзу є основоположні права, які впливають з конституційних традицій, спільних для держав-членів [7, с. 1575].

Принципи права ЄС – це основні засади цієї правової системи, які визначають зміст правотворної, права-

застосовної і правоохоронної діяльності Союзу загалом і його держав-членів зокрема [92, с. 135].

Залежно від сфери дії принципи права ЄС, принципи права ЄС поділяють на загальні та спеціальні. Перші належать до правової системи загалом, інші до його окремих підрозділів (галузей, інститутів) [323, с. 135].

Отже, в юридичній літературі немає узагальненого підходу до систематизації джерел права ЄС. Право ЄС є одним з виняткових та складних явищ у сучасній юридичній науці.

Різноманітність відносин між суб'єктами інтеграції зумовлює велику кількість груп правових норм, що охоплюють своїм регулювальним впливом основні сфери відносин суб'єктів інтеграції [325, с. 31–32]. Однією з таких найважливіших сфер є договірне право.

Одним з найважливіших завдань на шляху європейської інтеграції України є усунення невідповідності між національним законодавством і законодавством ЄС, у тому числі у сфері правового регулювання договірних відносин [46, с. 121]. Це свідчить про актуальність вивчення основних джерел договірного права ЄС, і принципів, що в них закладені. Таке дослідження надасть змогу додатково обґрунтувати питання можливості застосування результатів уніфікації договірного права ЄС у системі вітчизняного законодавства.

Договірне право є симбіозом міжнародно-правових та національних правових норм, відповідно до якого право ЄС виходить за межі правових режимів традиційних міжнародних організацій і стає подібним до правових режимів конфедеративних або навіть федеративних утворень [55, с. 12]. Це пояснюється тим, що договірному праву ЄС одночасно властиві ознаки наднаціональ-

ного права та внутрішнього права держав-членів ЄС. На відміну від міжнародного права, це право безпосередньо застосовують політичні керівники і судові органи цих держав.

Окрім цього, джерелами договірного права ЄС є міжнародні договори, укладені ЄС, а також спільно ЄС та державами-членами з третіми державами та міжнародними організаціями; на них повною мірою поширюються принципи міжнародного права, такі як *pacta sunt servanda*, незмінюваність в односторонньому порядку, примат міжнародного права [143, с. 142]. Якщо в договорі беруть участь ЄС і держави-члени, то кожен з них виконує покладені на нього зобов'язання в межах своєї юрисдикції [56, с. 8].

Результатом застосування загальноприйнятих методів міжнародно-правової уніфікації стало, наприклад, прийняття Віденської конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів, Римської конвенції про право, що застосовується до контрактних зобов'язань, та ін. Оскільки більшість держав ЄС є учасниками цих міжнародних актів, то їхні норми стали частиною договірного права ЄС.

До джерел договірного права ЄС можна віднести й акти первинного права ЄС, які мають найвищу юридичну силу в системі джерел європейського права, адже всі інші похідні норми європейського права не повинні суперечити їхнім положенням. Їхні норми, які мають, як правило, загальний характер чи характер норм-принципів, можуть мати пряму дію, якщо їх адресовано безпосередньо суб'єктам правовідносин [12], або вони чинять непрямої вплив, якщо звернені до держав-членів, що становлять так звану «Конституцію спільноти». Таки-

ми є Паризький договір про заснування Європейського об'єднання вугілля та сталі 1951 р. (ЄОВС), Римський договір 1957 р. про заснування Європейської економічної спільноти (ЄЕС) та Договір про заснування Європейського Співтовариства з атомної енергетики 1957 р. («Євратом») (Treaty establishing the European Atomic Energy Community, Euratom) [35], Єдиний європейський акт 1987 р. (ЄЕА) [169], Маастрихтський договір 1992 р. про ЄС, Амстердамський договір 1997 р. [48], Ніццький договір 2003 р. [48] та Лісабонський договір [14], а також договори про приєднання нових членів.

Акти первинного права ЄС як джерело права ЄС за своєю природою є міжнародно-правовими актами, результатом узгодження волі суверенних європейських держав, зацікавлених у їхньому створенні.

Акти вторинного права ЄС як джерело договірних права є результатом діяльності самих інститутів співтовариств (а не держав-членів); такі інститути природно обмежені в компетенції загальними умовами та принципами установчих договорів ЄС [421, с.82]. Їх можна поділити на такі, що мають обов'язкову силу, – постанови, директиви та рішення, й ті, що не мають обов'язкової сили, – рекомендації та висновки.

Особливо ефективним засобом, який усуває бар'єри в правовому регулюванні договірних відносин, є Директиви ЄС, які мають юридичну природу норм прямої дії. Так, наприклад, якщо в Директиві є посилання на євронорму чи/або на технічний регламент, це автоматично стає підставою для того, щоб вважати цей документ обов'язковим для всіх держав-членів Союзу. Отже, якщо в окремому питанні держави-члени Євросоюзу не мають єдиного підходу щодо його вирішення, то директи-

ва є найефективнішим нормативно-правовим актом, який врегульовує це питання [15, с. 24–25]. Саме директиви зобов'язують держави імплементувати закріплені в цих директивах принципи в національне законодавство. Прикладом директиви у сфері правового регулювання договірних відносин є директива «Про зближення законодавств держав-членів стосовно незалежних комерційних агентів» від 18.12.1986 р. 6/653/ЕЭС [147. Заходи щодо гармонізації, запропоновані цією Директивою, слід застосовувати щодо законодавчих, нормативних та адміністративних положень держав-членів, що регулюють відносини між комерційним агентом і його принципалом.

Директива «Про несправедливі умови в споживчих контрактах» (93/13/ЕЕС) надала національним судам значно ширші можливості для встановлення недійсності контрактів (чи їхніх окремих умов) у разі їх невідповідності встановленим у ній положенням. Зокрема, відповідно до ст. 3 цієї Директиви недійсною треба вважати контрактну умову, яку не було окремо погоджено і яка створює значний дисбаланс у правах та інтересах сторін контракту, ставлячи клієнта в надто не вигідне становище. Якщо контрактну умову визнано недійсною, вона не створює прав та обов'язків для споживача, а сам контракт діє без урахування такої умови (ст. 6). Директиву імplementовано до законодавства держав-членів спеціальними актами, відтак встановлені нею норми стають обов'язковими для застосування у державах ЄС.

У ЄС прийнято понад півсотні директив, які безпосередньо стосуються регулювання в галузі договірного права. Однак досі немає узагальнювального нормативного акта, де було б закріплено загальні правові принципи договірного права ЄС. На думку А.О. Виноградо-

ва, попри «широкий законодавчий підхід до створення загальноєвропейського договірного права через директиви, він має свої негативні аспекти. Директиви змодельовано фрагментарно, іншими словами, вони упорядковують окремі види договорів (дистанційний продаж, електронна торгівля та ін.), тоді як національні правові системи держав-членів ЄС зосереджені на загальних правових концепціях» [101, с. 122].

Отже, директиви як джерело договірного права ЄС є обов'язковими для всіх держав-членів Союзу, кожна держава-член їх може адаптувати до свого внутрішнього законодавства та застосовуватись. Директиви є унікальним правовим механізмом гармонізації законодавства і забезпечують однорідність норм договірного права ЄС. Вони як акти законодавства ЄС мають пріоритет над актами національного законодавства. Незважаючи на їхню велику кількість, директиви лише фрагментарно упорядковують окремі види договорів.

Регламенти у сфері договірного права передбачають узгоджені мінімальні вимоги правового регулювання договірних відносин, які підлягають негайному застосуванню всіма суб'єктами господарювання й судовими інстанціями.

Одним з міжнародних договорів у сфері регулювання договірних відносин у державах-членах є Регламент «Рим I», основною метою якого є однорідне колізійне регулювання договірних зобов'язань. Норми Регламенту є підґрунтям для формування однорідної судової практики в цій сфері, їх може тлумачити Суд Європейських співтовариств та застосовувати під час розгляду поданих скарг. Регламент регулює договірні зобов'язання у випадках, коли сторони не здійснили вибір права, а та-

кож щодо окремих видів контрактів (споживчі, страхові, оренди, індивідуальні трудові, перевезення) [354, с. 615]. Регламент «Рим I» вказує на можливість сторонам договору обрати для правового регулювання договірних відносин національне право, водночас забороняючи регулювання договірних правовідносин таким «недержавним правом», як *lex mercatoria* [150, с. 332]. Норми Регламенту можуть застосовувати суб'єкти договірних відносин, які походять з держав – не членів ЄС, за наявності для цього підстав. Такими підставами є найбільш тісний зв'язок елементів контракту із правом певної держави, а також необхідність застосування національними судами імперативних норми права третіх країн.

Отже, регламенти як джерела договірного права ЄС містять не лише матеріальні, а й колізійні норми, які мають однакові правила регулювання «конфлікту законів». Їх застосовують у державах ЄС незалежно від того, чи їх закріплено у внутрішньодержавному праві. Порушення норм регламенту є підставою для застосування санкцій, передбачених у цих регламентах.

Прецедентна практика Суду ЄС [19, с. 103] є важливим джерелом договірного права, зокрема щодо правового регулювання зовнішньої торгівлі Союзу з державами, які не є його членами. Саме тому низка рішень Суду ЄС щодо регулювання правовідносин мають важливе значення для закріплення наднаціонального характеру європейського права.

Рішення Суду ЄС мають характер судового прецеденту, оскільки є обов'язковими під час винесення рішень судовими органами держав-членів [281, с. 96].

Загалом договірне право ЄС – це автономний міжнародний правовий режим, що інтегрований до приват-

но-правової системи держав-членів ЄС. Воно є новим юридичним феноменом, що має ознаки наднаціонального та водночас внутрішнього права держав-членів ЄС.

Особливістю правового регулювання договірних відносин у межах ЄС є те, що його здійснюють через на-працювання необов'язкових приватних кодифікацій загальних правових принципів і типових законів («м'яке право») [146, с. 33].

Сьогодні терміном «м'яке право» позначають неофіційні (позаюридичні) джерела (форми) права, незалежно від спрямованості норм, які вони закріплюють [276, с. 50]. В.В. Мицик розглядає акти «м'якого права» як сукупність неправових, рекомендаційних норм, що виконують функцію «передправа», тобто розробляють та пропонують нові положення, які згодом буде враховано у правових нормах, зокрема міжнародних договорах [85, с. 182]. Подібної позиції дотримується М. Шоу, на думку якого, «м'яке право» не є правом, а являє собою необов'язкові документи та угоди рекомендаційного характеру, кодекси правил поведінки або стандартів тощо [31, с. 110–111]. Ю.М. Колосов, В.І. Кузнецов вважають, що норми актів «м'якого права» мають рекомендаційний характер і не містять юридичних зобов'язань, проте певною юридичною політичною і моральною силою вони володіють, відповідно до Статуту ООН [209, с. 22–23]. У цьому випадку вчені не розкривають сутності поняття «певна юридична сила».

На думку В.С. Мілаша, сучасне «м'яке договірне право» діє на міжнародному та національному рівнях: представлено воно правовою доктриною, торговими звичаями, узвичаєннями, усталеним порядком [276, с.48].

Узагальнюючи наведені позиції, можна зробити висновки, що поняття «м'яке договірне право» позначає не-

офіційні (позаяридичні) джерела, які мають необов'язковий рекомендаційний характер, що здійснюють правове регулювання договірних відносин і містяться у документах міжнародних міжурядових організацій.

У 1982 р. було створено комісію з питань європейського договірного права (*Commission on European Contract Law*), яку очолив відомий професор О. Ландо. Основним її завданням було розроблення «Принципів європейського договірного права», які б охоплювали загальні для різних правових систем держав ЄС норми і принципи, що опосередковують договірні відносини [381]. У результаті роботи Комісії у 1995 р. було опубліковано першу частину «Принципів європейського договірного права» [330]. Їх було сприйнято неоднозначно, адже зазначені норми договірного права не передбачали ратифікації або затвердження з боку держав для їх застосування учасниками міжнародного комерційного обороту. Крім того, положення, що містяться в них, мають дуже загальний характер [371, с. 5–7].

Принципи сформульовано у формі статей, які супроводжуються детальним коментарем, що містить приклади, короткі судові справи, порівняльні примітки, які дають уявлення про національні закони і міжнародні положення за темою. Варто зазначити, що ПЄДП стосуються як міжнародних операцій, так і угод, що мають суто внутрішній характер [46, с. 122].

Принципи європейського договірного права є моделлю, що мала велике значення для подолання матеріально-правових і термінологічних розбіжностей щодо правового регулювання договірних відносин у різних юрисдикціях ЄС. Регіональний характер принципів дозволив їхнім авторам передбачити фактично унікальні

з правового погляду можливості їхнього застосування [129, с. 108]. Відповідно до ст. 1:101 їх можна застосовувати у випадках, коли:

а) сторони погодились включити їх в договір або вони погодились, що їх договір буде врегульовано цими принципами;

б) сторони погодились, що їх договір буде врегульовано «загальними принципами права», *lex mercatoria* або іншими аналогічними положеннями;

в) сторони не обрали жодної правової системи або законодавства для регулювання свого договору [330].

Отже, застосування принципів має диспозитивний характер. Принципи європейського договірного права є моделлю, що мала великий вплив на подолання матеріально-правових і термінологічних розбіжностей у різних юрисдикціях ЄС.

Паралельно з розробленням принципів європейського договірного права ЄС намагався уніфікувати приватне право. Зокрема, 26.05.1989 р. Європейський парламент прийняв Резолюцію «Про діяльність з уніфікації приватного права держав-членів» [28], у якій закликав юридичну академічну спільноту розробити Європейський кодекс приватного права (Європейський цивільний кодекс), про що повторно було зазначено в Резолюції від 06.05.1994 р. «Щодо кодифікації приватного права і Комісії з питань європейського договірного права» [29, с. 518].

Згодом цю роботу було оформлено в один з найамбітніших проєктів ЄС – Модельні правила європейського приватного права – *DCFR* [27, с.76], який вважають результатом багаторічних досліджень з уніфікації приватного права для спільної системи підходів.

На думку авторів DCFR (К. фон Бара, Е. Кліва та П. Варула), DCFR має сприяти вивченню і розумінню приватного права у державах-членах ЄС. Метою принципів є продемонструвати схожість національних систем приватного права, які можна розглядати як регіональний прояв загальної європейської спадщини. Призначенням DCFR є наочно довести факт існування європейського приватного права [65, с.89]. Загалом DCFR сприяє уніфікації приватного права у Європі.

Договірному праву присвячено Книгу II Принципів DCFR «Договори та інші юридичні акти», яка складається з 9 глав, де розглядаються змішані договори, окремі види договірних умов (примірні умови, спеціально не узгоджені умови), переддоговірні обов'язки, представництво; процедурні аспекти укладання договорів; підстави недійсності тощо. Книга III Принципів DCFR «Обов'язки та відповідні права» має 7 глав, у яких визначено підстави та порядок зміни або припинення зобов'язань, порядок виконання зобов'язань, засоби захисту від невиконання, множинність боржників та кредиторів, умови зміни осіб у зобов'язанні, заліку та поєднання боржника та кредитора в одній особі, позовну давність тощо. Книга IV Принципів DCFR «Окремі договори та права й обов'язки, що впливають з них» розглядає договори купівлі-продажу, оренди, зберігання, будівельного підряду та підряду на виконання проектних робіт, а також договори про надання інформаційних та консультаційних послуг, медичних послуг, агентські договори, договори доручення, франчайзингу та дистрибуції, договори дарування, займу тощо [60, с. 4–16].

Отже, пріоритетним напрямком правового регулювання приватних відносин за допомогою DCFR є договір-

ні правовідносини. Про це свідчить і позиція Європарламенту, яку він висловив у Регламенті *European Parliament Resolution on the Harmonization of Certain Sectors of the Private Law of the Member States*, О.І. ЕС 1994 С 205/518 [16], відповідно до якої пріоритетним напрямком розвитку законодавства ЄС є розроблення й прийняття Європейського кодексу приватного права у його преамбулі зазначено, що уніфікацію потрібно здійснити в галузях приватного права, найбільш важливих для розвитку Єдиного ринку, насамперед, таких як контрактне право.

Особливістю правового регулювання договірних відносин в межах ЄС є те, що їх регламентація здійснюється через напрацювання необов'язкових приватних кодифікацій загальних правових принципів і типових законів («м'яке право»), які у поєднанні з актами інститутів ЄС становить систему договірного права ЄС.

Для входження України в правовий простір ЄС, зокрема у сферу договірного права, потрібно докласти чимало зусиль для оновлення масиву нормативно-правових актів у сфері цивільного законодавства, а також договірної та судової практики щодо застосування цього законодавства.

Висновки до розділу 2

Нормативно-правовий акт як джерело цивільного договірного права володіє такими спеціальними ознаками: 1) базою для інших нормативно-правових актів є ЦК України; 2) обов'язкова дія для правового регулювання цивільних договірних відносин, крім випадків, передбачених у самому акті; 3) містить вимоги до договору щодо

сторін, істотних умов, строків, форми та інші, крім випадків, передбачених у самому акті; 4) сторони договору не можуть вплинути на набуття актом чинності, а також на припинення його дії; 5) закріплюють свободу договору як засаду цивільного законодавства, крім випадків, передбачених у самому акті; 6) його застосовують як джерело права також у випадках, коли немає правового регулювання відносин у договорі.

Нормативно-правовий акт як джерело цивільного договірного права має подвійне значення: по-перше, він містить імперативні норми для сторін цивільно-правового договору, якщо в акті прямо вказано про це або така обов'язковість випливає із змісту або зі суті відносин між сторонами; по-друге, він має субсидіарний характер у випадках, коли немає правового регулювання відносин у договорі.

Основним законом держави є Конституція України, яка має такі ознаки: 1) містить норми-принципи, що є підґрунтям формування цивільного законодавства України; 2) містить норми цивільного права; 3) має найвищу юридичну силу щодо законів та інших актів цивільного законодавства; 4) закріплює основні цивільні права, свободи та обов'язки фізичної особи, відображені в актах цивільного законодавства; 6) встановлює загальні гарантії прав та свобод суб'єктів цивільного права; 7) закріплює загальні засади захисту майнових і особистих немайнових прав; 8) містить правила про дію законів та інших нормативно-правових актів у часі.

Джерелом цивільного договірного права є міжнародний нормативно-правовий акт, який здійснює правове регулювання договірних відносин з іноземним елементом. Його різновидом є міжнародний договір, тобто угода

з питань міжнародного правового співробітництва між державами або державами і міжнародними організаціями, які володіють міжнародною правосуб'єктністю, де закріплено їхні взаємні права та обов'язки, укладено у формі та порядку, передбаченому в міжнародному та національному праві, вона регулюється нормами міжнародного права та обов'язкова для виконання сторонами-учасниками.

Міжнародний договір як джерело цивільного договірного права має такі спеціальні ознаки: 1) його застосовують лише до відносин із комерційних договорів (контрактів); 2) він регулює відносини між сторонами, комерційні підприємства яких знаходяться на території різних держав; 3) його застосовують для правового регулювання відносин між особами, які походять з держав-учасників міжнародного договору; 4) він має диспозитивний характер застосування, оскільки сторони мають право встановити у цивільно-правовому договорі правило про не застосування міжнародного договору для правового регулювання відносин.

Джерелом цивільного договірного права є право ЄС, яке є важливим складником системи європейського права. Право ЄС характеризують такі ознаки: 1) має свою структуру; 2) регулює суспільні відносини в межах ЄС; 3) обов'язкове для застосування та виконання для держав-членів ЄС, а також фізичних і юридичних осіб, які перебувають під їх юрисдикцією; 4) акти первинного права застосовують без ухвалення спеціальних актів; 5) має вищу юридичну силу, порівняно з національним правом держав-членів; 6) забезпечує досягнення мети та вирішення завдань ЄС; 7) пов'язане з правопорядками держав-членів ЄС та міжнародною правовою системою.

РОЗДІЛ 3

ХАРАКТЕРИСТИКА ОКРЕМИХ ДЖЕРЕЛ ЦИВІЛЬНОГО ДОГОВІРНОГО ПРАВА

3.1. Звичай як джерело цивільного договірнього права

У юридичній літературі ставлення до правового звичаю у різні часи було не однаковим. На ранніх етапах розвитку суспільства звичай повністю заперечували як джерело договірнього права, в XIX ст. його визнавали як субсидіарне, а на сьогодні – повноцінне джерело договірнього права нарівні із законом [131, с. 99].

Звичай є історично найпершим, і впродовж тривалого часу він був єдиним джерелом права в усіх правових системах світу. Історія походження, доктринальні тлумачення та авторське визначення ознак і поняття звичаю як джерела права ми навели у тезах «Поняття та ознаки звичаю як джерела регулювання суспільних відносин» [308, с. 62–67].

Звичай застосовувався на всіх етапах розвитку людства, починаючи з міжплемінних відносин. Як зауважує І. Блюнчлі, навіть у диких і варварських народів, – ми зустрічаємо повагу, яка вселяється за допомогою релігійних понять, до недоторканності послів чужого племені, деякі правила гостинності, звичай укладення між собою союзів та інших договорів, а також звичай закінчувати війну формальним миром [74, с. 13].

О. В. Буткевич звертає увагу на особливу й першочергову роль міжнародних звичаїв у правовому регулюванні відносин із часів глибокої давнини, які містили найбільш прийнятні норми поведінки давніх первісних

народів у взаєминах між собою [86, с. 37]. До таких звичаїв науковець відносить звичаї ввічливості, гостинності, доброго поводження, приносити дарунки при вступі на територію іншої особи, лояльного ставлення до релігій та вірувань інших народів, заборони ганьбити святині, порушувати внутрішні звичаї інших народів [86, с. 37].

До середини XVII ст. властивості звичаїв, їх ознаки виділялися рідко. Звичай розглядали як очевидне і добре відоме джерело. Г. Гроцій убачав тотожність процесів встановлення норм моральності й норм звичаїв. На його думку, до переліку дій у сфері моральності належить обов'язок щодо утримання від дій у зв'язку з відповідними обставинами. Якщо хто-небудь навмисно, у присутності інших, не заперечує проти чого-небудь, то є підстава вважати це за згоду [133, с. 87–189].

Тривалий час звичай був єдиною формою існування права й в Україні. Звичаї було покладено в основу офіційних кодифікацій, зокрема Руської Правди, Статутів Великого Князівства Литовського та ін. Особливе значення надавалося звичаю у Запорозькій Січі, де панувало, виключно, звичаєве право [462, с. 14].

З розвитком суспільства і держави звичай, а разом з ним і звичаєве право, поступово витіснялося законами та іншими формами права, ставали другорядними [409]. Таке ставлення до звичаю, на думку Н. Є. Толкачової, частіше за все, заважає сприймати реальну картину змін, що відбуваються в структурі права [219, с. 29].

У сучасних умовах, коли більшість держав мають розвинене законодавство, звичай продовжує застосовуватися [148, с. 70]. Звичаї діють як на побутовому рівні, так і на теоретичному. Вони здійснюють вплив і на формування правової системи.

Таким чином, звичай було сформовано ще за стародавніх часів, – до початку виникнення держави. Значення звичаю на сьогодні у правовому регулюванні суспільних відносин продовжує відігравати важливу роль. Однак відсутня однастайність у визначенні поняття цієї правової категорії.

Категорія «звичай» в правових дослідженнях розглядається по різному.

Найлаконічніше визначення цього поняття зустрічається ще у висловах Ульпіана: «Звичай – це мовчазна угода людей, збережена тривалим застосуванням» [234, с. 45]. Тобто у цій сентенції вказується на тривалість застосування правил поведінки, які були погоджені раніше людьми.

Подібне тлумачення ідеї римських юристів надав дослідник історії римського права В. М. Хвостов, який зазначав, що сила звичаю заснована не на розпорядженні державної влади, а на звичці народу до цієї норми, на тривалому застосуванні її на практиці, що має в очах народу обов'язкову силу [437, с. 71].

Римські юристи розрізняли кілька видів правових звичаїв. По-перше, звичаї «*secundum legem*» («на додаток до закону»), які відігравали найважливішу роль, сприяли розумінню змісту тих термінів та висловів закону чи судового рішення, які вжито в особливому, відмінному від загальноприйнятого значення (зловживання правом, розумна ціна тощо). По-друге, звичаї «*praeter legem*» (крім закону) застосовуються у випадку прогалин у праві (законодавстві), а також, по-третє, «*contra legem ma adversus legem*» (проти закону), наявні при колізії закону та звичаю, відіграють незначну роль у правовій системі [251].

Болонський ченець І. Граціан, в одному з джерел канонічного права «Декреті Граціана» (близько 1140–1151

рр.), визначив поняття звичаю, як певне правило, установлене відповідно до права, що набуває значення закону в той час, коли відсутній закон [84, с. 7]. На думку вченого, не має значення, установлене правило через записування чи просто за допомогою міркування, оскільки завдяки міркуванню створюється закон. У свою чергу, якщо розум установлює закон, розум закріпить у законі те, що, принаймні, погоджено з релігійними почуттями; те, що погоджено з вихованням, що на користь благау [84, с. 7]. При цьому він наголошує, що звертаються до звичаїв тому, що в суспільстві існує в них потреба [84, с. 7].

Таким чином, римські юристи допускали застосування звичаїв лише за наявності прогалин в праві. Вони надавали звичаєвим нормам обов'язкового характеру щодо їх застосування та юридичної сили. Як правильно зазначає О. З. Галамай, дотримання звичаїв є для особистості не менш імперативною вимогою, ніж виконання законодавчих правил та розпоряджень. Оскільки має місце жорсткий тиск громадської думки та небажання виявитися в становищі людини, що не поважає загальноприйняті норми поведінки [107, с. 139].

Подібні міркування висловлював і Е. Ваттель, який жив після встановлення у 1648 р. Вестфальської системи. Він визнавав звичаями відомі правила, відому практику, що були освячені довгим застосуванням і дотримуються націями як вид права, утворюють звичаєве право народів або звичай націй [91, с. 33– 34].

Сучасні дослідники також висловлюють міркування щодо поняття та значення звичаю. Так, на думку Г. К. Дмитрієвої, під звичаєм слід розуміти однорідне стійке правило, що склалося на практиці і має обов'язкову юридичну силу [150, с. 87]. О. Титарчук під звича-

ем розуміє стереотипне правило та спосіб поведінки, що стихійно відтворюється у певному суспільстві, або в соціальній групі, а його основними ознаками називає: стереотипність поведінки людини в певних обставинах; публічність проявлення звичаїв, що відрізняє їх від звичок і навичок; обов'язковість його виконання; конкретність його розпоряджень [404, с. 9–10].

На думку М. М. Жовтобрюха, звичаї є: формою соціальної свідомості; виступають усталеним правилом поведінки; результатом довготривалої загальної звичаєвої практики, як певний досвід діяльного задоволення потреб у вигляді вчинків, поведінки, діянь; забезпечуються силою суспільної думки, соціальною санкцією [176, с. 7.]. Тобто, за визначенням науковця, санкцією за недотримання звичаю виступає соціальний осуд. Крім того, науковець слушно вказує на неодноразовість застосування звичаєвої норми, тобто застосовується декілька разів, багаторазово [95, с. 769]. З припиненням застосування звичаю, він припиняє своє існування. Це є очевидним, оскільки про нього людство забуває. Ця особливість правового звичаю не характерна для закону, правова сила якого не залежить від того, як часто створюються умови для його виконання, як і коли він виконується [328, с. 41]. Саме внаслідок багаторазовості використання впродовж тривалого часу звичай поширюється й розвивається.

Багаторазовість використання звичаєвих норм означає, що неможливо визначити момент його виникнення. Тобто, не можливо визначити з якого часу вони набули обов'язкового характеру [428, с. 54]. За цією ознакою звичай відрізняється від інших джерел права (нормативно-правового акту, договору).

Пояснює Р. А. Майданик звичай як правило поведінки, що добре відоме в певній місцевості або серед певної групи людей, яке має обов'язковий характер та постійно дотримується учасниками відносин [251]. Тобто, вчений вказує в якості ознаки звичаю, його дію у просторі (на певній території) та за колом осіб.

На нашу думку, звичаєві норми відображають моральні, духовні цінності народу. Особливе значення вони мають, зокрема для українського народу, який у різні історичні періоди перебував під ярмом окупантів (Польщі, Австрії, Угорщини, Туреччини, Російської імперії, Литви та інших). Цим пояснюється споконвічне прагнення українців до свободи особистості, що породило появу звичаю «особистої свободи», – неприйнятності рабства. Цей правовий звичай наші предки поширювали і на представників інших племен, які були захоплені ними в полон [233, с. 7].

У філософії права склались такі основні підходи до розуміння звичаєвого права: концепція юридичного позитивізму та концепція природного права. Відповідно до першої, звичаєве право визнається джерелом права на рівні з іншими джерелами, які визнані державою та в сукупності становлять позитивне право. Згідно іншої концепції звичай розуміється як сукупність вищих норм і принципів, що укорінені у природі людської особистості та виражають у собі устрій дійсних соціальних відносин, їх ідею, зміст і сутність права [175, с. 6]. Значення концепції юридичного позитивізму полягає в тому, що звичай визнаються джерелом права на рівні з іншими джерелами права. Водночас прихильники концепції природного права слушно вказують на відсутність правотворчого суб'єкта, як визначальну ознаку звичаю, оскільки не має

людини чи органу, який можна вважати автором звичаю, яких можна похвалити чи засудити за створення конкретного звичаю [438].

На нашу думку, таке різнобічне пояснення звичаю як правового регулятора суспільних відносин, зумовлено тим, що дослідження проводилося в межах різних наукових інтересів (теорії права, філософії права, окремих галузей права). Водночас основні ознаки звичаю зберігаються, оскільки лише за їх наявності можна надавати йому значення джерела права.

Таким чином, у літературі виділено такі ознаки звичаю: 1) правило поведінки, що регулює суспільні відносини; 2) багаторазовість застосування; 3) тривалість застосування; 4) обов'язковий характер для застосування; 5) відсутність правотворчого суб'єкта; 6) застосування на певній території та (або) серед певної групи людей; 7) санкцією за недотримання звичаю є соціальний осуд. Водночас слід доповнити вищезазначений перелік ознак звичаю такими ознаками: 1) невизначеність моменту виникнення; 2) відображає моральні, духовні цінності.

Враховуючи зазначені ознаки, на нашу думку, під поняттям звичаю слід розуміти правило поведінки, момент виникнення якого невідомий, що регулює суспільні відносини на певній території та (або) серед певної групи людей, має обов'язковий характер внаслідок багаторазового застосування протягом тривалого часу, за недотримання якого настає соціальний осуд.

«Звичай» часто ототожнюють з поняттям «традиція», яке також істотно впливає на поведінку людей. У великому тлумачному словнику української мови традицію визначено як досвід, звичаї, погляди, смаки, норми поведінки, що склалися історично й передаються з по-

коління в покоління. Звичай потрактовано як загально-прийнятий порядок, правила, які здавна діють у громадському житті й побуті того чи іншого народу, суспільної групи, колективу та ін. [94, с. 352]. У словнику-довіднику з культурології зазначено, що традиціями можуть бути й окремі звичаї [232, с. 185].

У юридичній літературі використовують різні тлумачення традиції. На думку Ю.М. Оборотова, поняття «традиція» позначає всезагальний родовий досвід культури, що набув стійкого характеру, закріплений в певних стереотипах і правилах культурної діяльності. Традиції в праві – це зв'язок між минулим, сьогоденням і майбутнім [292, с. 12]. Науковець вважає, що «традиція», на відміну від звичаю, є універсальною, придатною для всіх випадків, на які не поширюється звичай. До того ж, звичай не змінюється, структурно не перебудовується, не збагачується так само швидко, як традиція. Такого ж погляду дотримується Х. К. Цаллаєв, який зауважує, що традиції передаються від покоління до покоління та стосуються всіх сфер життєдіяльності людей (сімейної, виробничої, побутової, духовної, трудової тощо); звичай же входить до традицій, є більш вузьким поняттям і є уявленням, стереотипом про моральні цінності [144]. Загалом учений розглядає звичай як різновид традицій.

Вказує на відмінність звичаю від традицій також І. В. Суханов, який зазначає, що звичай, на відміну від традиції, завжди дає детальний припис вчинку в конкретній ситуації [387, с. 8]. Подібні міркування висловлює В.Д. Плахов. На думку вченого, в результаті історичного розвитку суспільства сфера дії звичаїв звужується, тоді як традицій – стає ширшою, а точніше, розширю-

ється сфера суспільного життя, на яку в результаті семантичної обмеженості поняття «звичай» не може бути поширений [315, с. 18].

Н.Є. Толкачова вважає, що традиція – це соціальна норма, якій властива трансцендентальна регулятивна дія на суспільні відносини й поведінку людей; це наслідок більш високого ступеня розвитку суспільства, ніж звичай [410, с. 20].

Отже, традиції і звичаї – це різні категорії. Варто погодитись з позицією, що традиції і звичаї виконують спільну соціальну функцію – слугують засобом стабілізації відносин у суспільстві [386, с. 10].

Відмінність між традиціями і звичаями полягає у тому, що:

1) звичай є різновидом традицій, тобто поняття «традиція» є ширшим, ніж поняття «звичай». Як правильно зазначає В.Д. Плахов, звичай діє лише у певних сферах суспільного життя і є виявом неухильного дотримання зразків минулого. «Традиції» ж є більш ширшим поняттям, в якому виявляються ідеї, цінності та норми поведінки певного суспільства, що ґрунтуються на досвіді попередніх поколінь (наприклад, клятва лікаря, відома як клятва Гіппократа) [315, с. 103];

2) застосування звичаю може забезпечуватись державним примусом, а дотримання традицій підтримується, як правило, думкою громадськості. Як зазначає О.З. Галамай, дотриманню традицій сприяє небажання зазнати осуду з боку знайомих, друзів, колег; небажання опинитися в становищі людини, що не поважає загальноприйнятих норм поведінки (гостинність, добросусідство, пошана старших; присутність на похоронах, вираз співчуття рідним і близьким покійного, традиція відзна-

чати різні радісні події, неофіційні свята, дні народження, весілля, новосілля та ін.) [107, с. 139].

З теорії права відомо, що з розвитком правової системи кожного суспільства постійною є взаємодія права та звичаю, в результаті чого неодмінно виникав правовий звичай та формувалося звичаєве право. Законодавче визначення поняття правового звичаю подано у п. 2 ст. 7 ЦК України: «Звичаєм є правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин». У ч. 2. ст. 7 ЦК України умовою застосування звичаю зазначено його несуперечність договору та актам цивільного законодавства. Законодавець вказує на дві ознаки правового звичаю: 1) відсутність вказівки на нього в законодавчих актах; 2) усталеність правила поведінки у певній сфері цивільних відносин. Слід зазначити, що у ЦК України закріплено умову застосування звичаю: «несуперечність звичаю договору та законодавчим актам».

ЦК України не містить усіх визначальних ознак правового звичаю, оскільки вказує лише на дві загальні ознаки звичаю загалом.

На законному рівні поняття правового звичаю визначено п. 1-б ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН, де «правовий звичай» потрактовано як доказ загальної практики, визнаної правовою нормою. Йдеться про те, що визначальною ознакою правового звичаю є його визнання певною спільнотою (етнічною або іншою соціальною групою, державою, міжнародним співтовариством), тривала та постійна звичаєва практика регулювання відносин цієї спільноти як звичаєво-правової норми [151, с. 152]. Таку позицію цього документа підтримують вчені-практики. Зокрема Я. Броунлі вказує, що лише

«загальна практика», яка «відображає правове зобов'язання», є основою «правового звичаю» [83, с. 154], а не мотиви увічливості, моралі та справедливості.

У юридичній літературі немає одностайності щодо розуміння понять «звичай» та «правовий звичай», що спричиняє їх ототожнення. Можна навести такі основні позиції науковців:

1) загальні правила поведінки, що діють у межах певної спільноти стосовно всіх її членів, які усвідомлюються як правомірні й обов'язкові, відповідають і безпосередньо ґрунтуються на принципах природного права, є результатом тривалої, однакової і постійної практики вирішення типових правових ситуацій, що виникають між людьми, забезпечуються соціальною санкцією, а також можуть мати захист із боку державних органів влади та суду [298, с. 202];

2) санкціоновані державою правила поведінки, які раніше склалися в результаті довготривалого повторення людьми певних дій, завдяки чому закріпилися як стійка норма [442, с. 184];

3) історично усталене шляхом багаторазового повторення правило поведінки, котре бере під охорону держава, одне з її джерел права [357, с. 238];

4) санкціоновані державою правила поведінки, затверджені суспільством як простий звичай у результаті довготривалої в часі повторюваності, що стали традицією [210, с. 148];

5) санкціоноване і забезпечуване державою звичаєве правило поведінки [113, с. 121];

6) правові звичаї – це звичаї, дотримання яких підтримується крім традицій, звичок, суспільної думки, заходами державного примусу і переконання [409, с. 35].

Отже, у юридичній літературі переважає думка, що звичай є правовим лише після його визнання державою, яка з цього моменту повинна забезпечувати його дотримання шляхом застосування засобів державного примусу.

Як слушно вказує П.М. Рабінович: «Звичай набуває юридичного характеру лише після його схвалення державою» [348, с. 104]. Тільки держава може визнавати звичаї, що склалися, та наділяти їх юридичним характером, точно вказувати умови їх застосування, головною з яких є вимога, щоб звичай не суперечив закону. Лише держава дозволяє судді зараховувати певну частину загальних звичаїв до складу юридичних норм, а деякі з цих звичаїв вона сама оголошує юридичними та обов'язковими для судді. Взаємовплив звичаю та права полягає в тому, що корисні звичаї стимулюються правом, держава не заперечує застосування потрібних звичаїв, а ті з них, які суперечать закону, кваліфікує як правопорушення.

Підставою санкціонування державою звичаїв А. Мельник вважає також спрямованість їхнього регулятивного впливу на суспільні відносини, відповідність цілям, завданням, інтересам держави. Йдеться про те, що санкціонування державою звичаю зумовлює набуття ним таких ознак, як загальнообов'язковість, охорона державою від порушень [265, с. 34].

Значення визнання звичаю правовим полягає в тому, що правило поведінки, яке міститься у цьому звичаї, сприяє виникненню правовідносин. Відповідно судовий орган чи інший державний орган мають право на його підставі вирішити спір та прийняти відповідне рішення. У випадку визнання певного звичаю правовим суд (чи інший державний орган) має право застосовува-

ти норму, що міститься у цьому звичаї, як офіційну підставу вирішення справ і винесення щодо них рішень. Визнаючи правовий звичай формою права, державна влада у такий спосіб бере під захист вже усталене правило поведінки, яке відповідає інтересам суспільства [409].

На сьогодні виокремлюють дві форми санкціонування звичаєвих норм: фіксоване та відсильне. За фіксованого санкціонування зміст звичаєвої норми формулюється в певному правовому акті. У цьому випадку звичаєве право як сукупність звичаєвих норм законодавство сприймає й адаптує. Санкціоновані у такий спосіб звичаєві норми функціонують у подальшому так само, як й інші законодавчі акти. Прикладом є санкціонування стародавніми державами звичаєвого права під час видання збірок звичаїв своїх народів. Фіксоване санкціонування звичаєвих норм може здійснюватися через закон, адміністративний акт чи судові рішення (в країнах «загального права»).

Про відсильне санкціонування мова йде тоді, коли в певному правовому акті є відсилання до звичаєвої норми, якою необхідно керуватися в зазначених випадках [345, с. 591–592]. При цьому відсилання не визначає суті змісту звичаєвих норм, тому деякі фахівці називають відсильне санкціонування легалізацією звичаєвого права [47, с. 11].

Отже, правовому звичаю характерні загальні ознаки звичаю. Спеціальними ознаками правового звичаю є санкціонування державою та застосування заходів державного примусу у випадку його порушення.

З урахуванням зазначених ознак, на нашу думку, правовий звичай слід розглядати як правило поведінки, непередбачене законом, санкціоноване державою, що регулює суспільні відносини на певній території та (або)

серед певної групи людей, має обов'язковий характер внаслідок багаторазового застосування протягом тривалого часу, за недотримання якого передбачено життя заходів державного примусу.

У ЦК України до різновидів звичаю як джерела правового регулювання цивільних відносин віднесено звичай ділового обороту: «Цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту» (ч. 1 ст. 7 ЦК України). На обов'язковість застосування звичаю ділового обороту законодавець у ЦК України вказує також в інших статтях: ст. 526 – загальні умови виконання зобов'язання; ч. 2 ст. 532 – місце виконання зобов'язання та ін. В окремих статтях кодексу наголошується на однакових умовах застосування договору, закону, звичаю, що свідчить про їхню однакову юридичну силу (ст. ст. 527, 529, 531, 532, 538, 539, 613, 652, 687). Наприклад, у ст. 527 ЦК України зазначено, що «боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок, а кредитор – прийняти виконання особисто, якщо інше не встановлено договором або законом, не впливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту» [452].

У ст. 32 ГК України вказано про «торгові та інші чесні звичаї у підприємницькій діяльності». У ст. 265 ГК України передбачено можливість використання відомих міжнародних звичаїв для визначення умов договору поставки. У ст. 344 ГК України серед регуляторів міжнародних розрахунків згадуються банківські звичаї [117]. У ч. 3 ст. 268 ГК України передбачено, що якщо в договорі немає умов щодо якості товарів, останню треба визначати з урахуванням мети договору, або звичайного рівня якості для предмета договору, або загальних критеріїв якості [117].

Застосовують звичаї як джерела правового регулювання відносин також у сфері торговельного мореплавства (ст. ст. 6, 78, 146, 293, 295 КТМ України) [206]. Наприклад, у ст. 293 КТМ України закріплено випадки та умови застосування звичаїв: «у процесі визначення виду аварії, обчислення розмірів загальної аварії та складання диспаші, диспашер у разі неповноти закону керується міжнародними звичаями торговельного мореплавства». У торговельному мореплаванні склались й інші звичаї щодо порядку перевезення вантажів на палубі (так званий палубний вантаж), розподілу збитків від спільної аварії та ін. [206].

Крім того зафіксовано низку інших звичаїв, яким надано статус правових: 1) за ст. 71 капітан судна має право застосувати звичай віддання тіла померлого моря. Такий звичай застосовують лише у разі, коли тіло не можна зберегти внаслідок тривалого перебування судна у відкритому морі; 2) за ст. 78 начальник морського порту має право видавати звід звичаїв порту. Такий звід можна розцінювати як нормативну фіксацію звичаїв, внаслідок чого вони набувають обов'язкової сили для всіх учасників правовідносин; 3) ст. 117 містить посилення на звичайну практику морського агентування, якої повинен дотримуватися морський агент, а ст. 118 дозволяє застосовувати звичайні повноваження морського агента; 3) ст. 146 визнає чинні звичаї перевезення вантажів; 4) ст. 293 згадує міжнародні звичаї торговельного мореплавства, що застосовуються в разі неповноти законодавства з питань загальної аварії; 5) ст. 295 не визнає загальною аварією навіть у разі наявності її ознак та заперечує відшкодування вартості вантажу, що перевозився на судні без дотримання правил і звичаїв торговельного мореплавства.

Подібним чином здійснюється правове регулювання цивільних відносин у Казахстані (ст. 3 (4) ЦК) [119]; у Республіці Молдові (ст. 4 (2) ЦК передбачає застосування звичаїв, якщо вони не суперечать закону та основам правопорядку і моралі) [120].

У юридичній літературі поняттям звичаю ділового обороту, як правило, позначають усталене правило поведінки, яке широко застосовують у певній сфері підприємницької діяльності [229, с. 23–24]. При цьому враховано, що в кожному сегменті підприємницької діяльності склалися свої звичаї. Можна виділити звичаї ділового обороту, наприклад, у мореплавстві, торгівлі, страхуванні (Кодекс етики в страховій діяльності).

На увагу заслуговує позиція О.А. Беляневич, яка розглядає звичаї ділового обороту як засіб заповнення договірних і нормативних прогалин [65, с. 225]. Такий звичай застосовують лише за наявності договірних і нормативних прогалин, він є засобом їх усунення. Позиція вченої правильна, оскільки такий звичай є засобом для оперативного регулювання, який можуть застосувати суб'єкти правовідносин для захисту своїх цивільних прав та інтересів. Водночас, незважаючи на динамічність, звичай ділового обороту залишається сталим засобом саморегулювання відносин [18, с. 69].

Як правильно з цього приводу зазначає О. Гончаренко, звичай ділового обороту є наслідком усталеної практичної діяльності суб'єктів саморегулювання у певних галузях [115, с. 47–55]. Безпосередньо в договорі така практика не фіксується, але припускається як така через відсутність заперечень із цього приводу [184, с. 130]. На думку авторки, характеристикою усталеності звичаю ділового обороту (торгівлі), як засобу саморегулювання

господарської діяльності, виявляється у двох аспектах: 1) формування остаточної вираженості звичаю є наслідком постійної практичної діяльності суб'єктів саморегулювання у певних галузях економіки; 2) сформований звичай може застосовуватися вже іншими суб'єктами саморегулювання господарської діяльності, як уніфікована стала система норм для більшості суб'єктів саморегулювання цієї галузі [115, с. 50]. Таким чином, ознакою звичаю ділового обороту є його застосування лише за наявності досягнення згоди між сторонами – саморегулювання договірних відносин.

Вищезазначене дозволяє зробити висновок про те, що звичай ділового обороту має багато спільного з диспозитивною нормою. Такий звичай, як і диспозитивна норма права, застосовується лише у випадку, коли сторони не врегулювали свої відносини договором. Разом із тим, між диспозитивною нормою та звичаєм ділового обороту є відмінності. Диспозитивна норма сама містить запасний варіант регулювання відносин між сторонами, а звичай ділового обороту такого варіанту не містить. Сторонам або суду необхідно відшукати правове регулювання їх правовідносин у встановленому процесуальному порядку [81, с. 71].

Звичай ділового обороту часто в науковій літературі іменують торговельним звичаєм, що не завжди виправдано. Як правильно зазначає Н. Є. Толкачова, торговельні звичаї є різновидом звичаїв ділового обороту [410, с. 34-38].

В українській юридичній енциклопедії торговий звичай визначають як правило, що склалося в торгівлі в результаті одноманітного повторення певних відносин [477, с. 569]. Як правило, звичай ділового обороту

здійснює правове регулювання не лише торговельних відносин, а й поширюється на інші сфери договірних відносин. Наприклад, звичаї ділового обороту стосуються формулювання умов договору; є звичаї щодо виконання договору (звичайні правила обслуговування клієнтів, звичайні способи перевірки, звичайні способи прийняття товару); є звичаї, які сприяють професійній діяльності (наприклад, торгівлі окремими товарами) або звичаї щодо дотримання конкретної базової умови, у тому чи іншому порту, звичаї торгівлі певними товарами, банківські звичаї та ін.

Для однозначного розуміння та застосування звичаю ділового обороту в життєвих ситуаціях слід визначити основні його знаки, які відрізняють його від інших звичаїв: 1) це правило поведінки в певній сфері підприємницької діяльності; 2) його застосовують лише за наявності договірних і нормативних прогалин, він є засобом їх усунення; 3) результат саморегулювання господарської діяльності.

Щодо місця звичаю ділового обороту серед інших джерел правового регулювання договірних відносин слід зазначити, що в законодавстві зарубіжних країн склалися різні позиції до вирішення цього питання.

У Франції в окремих випадках звичай прирівнюються до закону. Наприклад, відповідно до ст. 1135 ЦК Франції угоди зобов'язують не лише до того, що в них виражено, а й до всіх наслідків, виконання яких відповідно до характеру цього зобов'язання вимагають справедливості, звичай або закон [10]. Згідно зі ст. 1648 ЦК Франції позов, який випливає з недоліків, що спричиняють розірвання договору, має висунути набувач у найкоротший строк залежно від характеру недоліків,

що спричиняють розірвання договору, і відповідно до звичаю місця, де було здійснено продаж [9]. Цивільний кодекс Квебеку чітко окреслює коло питань, щодо яких можна застосовувати звичаї. Так, наприклад, звичаї порту застосовують для визначення строку, протягом якого вантаж повинен бути завантаженим або вивантаженим, якщо такий строк не визначено у договорі (ст. 2025); розрахунку демереджу, якщо його не встановлено у договорі (ст. 2027); визначення часу та місця доставки майна перевізником, якщо їх не визначено у договорі (ст. 2063) [2].

У Швейцарії застосування звичаїв передбачено за можливих прогалин у законодавчому регулюванні [33]. Відповідно до ст. 1 ЦК Швейцарії, якщо закон не містить необхідної норми, суддя повинен приймати рішення, ураховуючи звичаєве право, а якщо такого немає, діяти відповідно до правила, яке він установлює самостійно, як ніби він був би законодавцем [33]. Звичаї є джерелом і регулятором поведінки сторін договірних відносин. Згідно зі ст. 73 (1) Зобов'язального закону Швейцарії, якщо зобов'язання передбачає сплату відсотків, але їх розмір не встановлено у договорі, законі або звичаї, відсотки виплачуються за ставкою 5% річних. Боржник раніше встановленого строку не має права на зменшення ціни, якщо сторони не домовилися про інше або якщо інше не санкціоновано звичаєм [17].

Проте у деяких випадках закон відсилає до звичаїв або практики. Згідно зі ст. 5 ЦК Швейцарії, якщо закон посилається на практику або місцеві звичаї, чинне кантональне право треба вважати їхнім справжнім вираженням за умови, що не було встановлено відмінної практики. Окрім того, якщо федеральний закон передбачає застосування кантонального права, кантони мо-

жуть прийняти або відмовитися від положень цивільного права [33].

Подібний підхід усталився в Іспанії. Відповідно до ст. 1 (1–4) ЦК Іспанії, джерелами правової системи Іспанії є закони, звичаї та загальні принципи права. Будь-яке положення, що суперечить положенню вищої юридичної сили, не дійсне. Звичаї застосовують лише у випадку прогалини в законодавстві, та за умови, що вони не суперечать моралі чи публічному порядку та якщо їх доведено [5].

Звичаї ділового обороту є важливим правовим регулятором у праві Німеччини. Окремі параграфи НЦУ визначають їх як один із можливих критеріїв для оцінювання поведінки особи щодо добросовісності. Наприклад, у § 157 закріплено, що договори потрібно тлумачити відповідно до вимог доброї совісті, беручи до уваги звичаї ділового обороту; боржник зобов'язаний виконати зобов'язання добросовісно, як цього вимагають звичаї ділового обороту. У § 310 (1) прямо встановлено, що практика та звичаї, які застосовуються в діловому обороті, треба брати до уваги щодо загальних умов правочинів, які укладаються між підприємцями, тощо.

Незважаючи на те що держава дозволяє застосовувати звичай у договірних відносинах, він має меншу юридичну силу порівняно з законодавством та договором сторін. Правовий звичай поступається умовам цивільно-правових договорів та актам цивільного законодавства. У цивільному праві на щабель вище від звичаю поставлений договір, а звичай визнається субсидіарним джерелом права. Це узгоджується з давньоримською сентенцією: «Авторитет звичаю є значним, однак він не переважає приписів закону», зміст якої в умовах сього-

дення можна було б доповнити ще й словами: «приписами договору» [84, с. 4].

За звичаєвими правилами укладалися цивільно-правові договори за стародавніх часів. Правовий звичай застосовувалися для регулювання цивільних відносин із договору. Його застосування для договірних відносин мало низку особливостей. Під час укладення договорів купівлі-продажу часто вдавалися до символічних дій – могоричу, зв'язування рук, рукостискання. За Руською Правдою, під час укладанні окремих договорів повинні бути присутні два свідки чи один митник, котрі у випадку заявлення претензій давали свідчення, чим підтверджували факт купівлі речей [283, с. 35].

Договір позики на Русі укладали в присутності свідків. Виняток становила позика до трьох гривень, у цьому випадку достатньою підставою для стягнення боргу з особи, яка його вчасно не повернула, була присяга кредитора [284, с. 5].

Базовим для побудови будь-якої системи є системо-утворний елемент. Таким елементом в структурі звичаєвого права є предмет і метод правового регулювання. Саме предмет і метод визначає галузеву приналежність звичаїв, що є тим системо-утворним критерієм, за допомогою якого ми поділяємо звичаї на окремі види. Наприклад: морські звичаї, звичаї порту, звичаї ділового обороту, звичаї торгового мореплавства, речові, спадкові звичаї та ін.

Проаналізувавши правовий звичай як джерело цивільного договірного права, можна зробити висновок, що він характеризується сукупністю ознак, що їх має звичай загалом. Водночас ознаками звичаю як джерела цивільного договірного права є такі:

1) його застосовують у випадку досягнення згоди між сторонами щодо їх застосування. До прикладу, посилення у договорі на Правила Інкотермс робить їх умовами договору. У ст. 9 Віденської конвенції ООН 1980 р. зазначено, що сторони пов'язані будь-яким звичаєм, щодо якого вони домовилися, і практикою, яку вони встановили у своїх відносинах. Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів 1993 р. та Уніфікованих правил з інкасо 1995 р. дотримуються у договірному порядку;

2) він регулює відносини, які виникають на підставі укладення договору та під час його виконання. Деякі зі звичаїв спрямовані на правове регулювання конкретних різновидів договорів. Наприклад, Віденська конвенція 1980 р. регулює відносини, пов'язані з укладенням і виконанням договору купівлі продажу. Конвенція ООН про морське перевезення вантажів 1978 р. регулює відносини щодо укладення та виконання договору перевезення вантажу морським транспортом;

3) серед звичаїв можна виділити й такі, що встановлюють загальні норми для міжнародних комерційних угод, наприклад, принципи УНІДРУА;

4) він спрямований на правове регулювання майнових відносин, пов'язаних з переходом майнових благ від одних осіб до інших. Наприклад, Правила Інкотермс регулюють відносини щодо переміщення матеріальних благ, пов'язаних з передачею речі; Кодекс етики в страховій діяльності визначає правила поведінки страховиків – членів Ліги страхових організацій України щодо виконання робіт і наданням різних послуг;

5) він регулює відносини між суб'єктами, які мають юридично рівні можливості щодо набуття та здійснен-

ня цивільних прав і створення та виконання цивільних обов'язків, а також вони не перебувають між собою у будь-якій юридичній залежності;

б) він не суперечить договору та імперативним нормам, які здійснюють правове регулювання договірних відносин. Звичай ділового обороту і будь-який інший правовий звичай не можна застосовувати, якщо умови договору визначаються імперативними нормами. За невідповідності умов договору імперативним нормам, встановленим у законах чи інших правових актах, договір можна визнати недійсним [409, с. 36].

Серед визначених ознак можна виокремити ті, які дозволяють відмежувати правовий звичай від інших джерел цивільного договірного права. Правовий звичай застосовують: а) у випадку досягнення згоди між сторонами щодо їхнього застосування; б) за умови, що він не суперечить договору та імперативним нормам, які здійснюють правове регулювання договірних відносин.

На нашу думку, звичай як джерело цивільного договірного права – це правило поведінки, що регулює суспільні відносини, які виникають із договору та під час його виконання, не суперечить умовам договору та вимогам законодавства, його застосовують у випадку досягнення сторонами договору згоди про це [304, с. 29–35].

Серед основоположних джерел, що здійснюють правове регулювання договірних відносин в міжнародному праві, особливе місце займає міжнародний правовий звичай. Наприклад, ч. 4 ст. 265 ГК України передбачає, що сторони для визначення умов договорів поставки мають право використовувати відомі міжнародні звичаї, рекомендації, правила міжнародних органів та органі-

зацій, якщо це не заборонено прямо або у виключній формі цим Кодексом чи законами України; у ч. 3 ст. 344 ГК України закріплено, що міжнародні розрахунки регулюються нормами міжнародного права, банківськими звичаями і правилами, умовами зовнішньоекономічних контрактів, валютним законодавством країн-учасниць розрахунків [117].

Звичай було сформовано загальною та постійною практикою держав і прийнято міжнародною спільнотою як обов'язкову норму [201, с. 129].

Звичай є первинним джерелом як міжнародного публічного, так і міжнародного приватного права. Як слушно зазначав Ф. Суарез у трактаті «*De Legibus*»: «Звичай є серцевиною міжнародного права». На думку К. Перрі, кожен зможе зрозуміти суть міжнародного права не читаючи жодного договору, але в той же час ніхто не зможе чітко зрозуміти суть міжнародного права, читаючи лише договори [24, с. 389].

Це зумовлено тим, що з кінця XIX ст. міжнародний правовий звичай застосовували до всіх держав та всі держави, незалежно від політичної й економічної системи.

Визначення міжнародно-правового звичаю подано у ст. 38 Статуту Міжнародного суду. У п. 1 (b) ст. 38 зазначається, що міжнародні звичаї є доказом загальної практики, визнаної як правова норма. До основних ознак міжнародно-правового звичаю віднесено: 1) міжнародну практику (прецеденти); 2) визнання практики як правової. Щодо цього слушно зазначає М. Шоу, що звичай як джерело міжнародного права складається із двох елементів: загальної практики, – матеріальний факт, та психологічної чи суб'єктивної віри в те що така практика є правом [23, с. 156]. Загалом зазначені дві ознаки між-

народного звичаю дозволяють його вирізняти поміж інших правових звичаїв.

У юридичній літературі з міжнародного права висловлюються окремі думки, щодо розуміння міжнародно-правового звичаю. Серед основних ознак вказано на його надзвичайну стійкість, що зумовлює стабільність заснованих на них правовідносин) [85, с. 121–122]. На це особливо звертає увагу Г.К. Дмитрієва, яка визначає міжнародний правовий звичай як стійке правило поведінки держав, що склалося на практиці, за яким держави визнають юридичну силу [150, с.87].

До ознак міжнародного звичаю С. В. Черніченко відносить: 1) загальність визнання, 2) однаковість застосування, 3) визнання як юридично обов'язкового правила (*opinio juris*) [262, с. 83].

Чотири ознаки міжнародного правового звичаю запропонував М. Хадсон: 1) уніфікована практика тих чи інших держав із посиланням на певну ситуацію у сфері міжнародних відносин; 2) продовження або повторення практики впродовж певного періоду часу; 3) розуміння того, що практика є необхідною або послідовною у сфері міжнародних публічних відносин; 4) загальна згода у практиці інших держав [40].

На нашу думку, слухними є позиції науковців, які вважають необхідною умовою міжнародного правового звичаю визнання всіма або деякими державами, виражене в певній формі. Крім того, міжнародно-правовий звичай має такі ознаки:

1) його застосовують за прогалин у праві та законі (у преамбулі принципів УНІДРУА вказано, що їх потрібно застосовувати, якщо сторони домовились, що їхній договір будуть регулювати ці принципи, загальні принципи

права, *lex mercatoria* чи аналогічні положення [329]; ст. 1 Уніфікованих правил по інкасо) [418];

2) він регулює відносини між контрагентами, які знаходяться в різних державах (ст. 1 Віденська конвенція 1980 р.) [212];

В окремих міжнародних документах з договірного права вказуються спеціальні ознаки міжнародного правового звичаю:

1) його застосовують для тлумачення міжнародних уніфікованих правових документів, зокрема комерційних термінів (наприклад, Правила Інкотермс) [403];

2) він є моделлю для національного і міжнародного законодавства (преамбула принципів УНІДРУА) [329].

Вважаємо, що міжнародний правовий звичай як джерело правового регулювання договірних відносин є правилом поведінки, що визнається у міжнародній практиці та однаково застосовується протягом тривалого часу для врегулювання договірних відносин між суб'єктами міжнародного приватного права.

Зважаючи на це, можна зробити висновок, що звичай не втрачають свого значення, вони продовжують діяти та впливають на формування нової правової системи. На сучасному етапі розвитку правової думки та підходів до правового регулювання цивільних відносин відбувається звуження сфери дії звичаєвого права на користь закону та договору, що дає можливість стверджувати про його трансформацію у додаткове (порівняно з іншими) джерело права.

3.2. Значення судової практики як джерела цивільного договірнього права

Важливе місце у правовому регулюванні договірних відносин займає судова практика. Це пояснюється тим, що нормативно-правові акти не завжди можуть своєчасно врегулювати відносини, які виникають у результаті динамічного цивільного обороту. Внаслідок цього виникають юридичні колізії та прогалини у правовому регулюванні договірних відносин, що порушує питання про визнання судової практики, зокрема й судового прецеденту, джерелом цивільного договірнього права. Наукова доктрина досі не виробила єдиного підходу до визначення правової природи понять «судова практика» та «судовий прецедент» і загалом їхнього тлумачення. Це питання ми дослідили у наукових тезах «Судовий прецедент як джерело цивільного договірнього права» [309, с. 42–46].

У юридичній літературі тривалий час обговорюється питання щодо місця судової практики у системі джерел цивільного права. Одні вчені не визнають судової практики джерелом права, інші ж дотримуються протилежної позиції.

На думку В.С. Нерсисянца, судова практика у всіх її формах є не правотворчою, а лише правозастосовною, зокрема правотлумачною діяльністю [288, с. 34]. М.М. Марченко обґрунтовує неможливість визнання судової практики джерелом цивільного права у такий спосіб: 1) визнання судової практики джерелом права суперечить конституційно визнаному й закріпленому принципу поділу влади, згідно з яким правотворча діяльність належить до компетенції законодавчої, а не судової влади; 2) визнання судової практики джерелом права не узгоджується з

характерними особливостями романо-германської правової сім'ї, до якої належить Україна, яка не знає такої форми джерела права, як судовий прецедент, що більше притаманно державам англо-саксонської правової сім'ї; 3) визнання судової практики джерелом права, з однієї сторони, суперечило б Конституції та законодавству, а з іншої – вступало б у конфлікт з правотворчою діяльністю парламенту. Це б порушувало принципи верховенства закону та підзаконності судової діяльності [255, с. 853– 856].

Прихильники визнання судової практики повноцінним джерелом цивільного права наводять такі аргументи правильності своєї позиції. На думку С.К. Загайнової, судова практика є особливим джерелом цивільного права. Вона займає підпорядковане становище у структурі джерел цивільного права, тому не повинна суперечити принципам, меті та змісту закону. Судова практика як джерело цивільного права має виконувати доповнювальну та компенсаційну функції, що означає застосування її за наявності прогалин у законі [178, с. 153–154]. С.І. Вільнянський пропонує визнати судову практику джерелом цивільного права, заперечуючи можливість використання прецедента як джерела права у вітчизняній юридичній практиці [100, с. 239–252].

Для того щоб відповісти на поставлене питання, слід визначити правову природу судової практики та її значення як регулятора договірних відносин.

Правову категорію «судова практика» зазвичай використовують для позначення багаторазового, уніфікованого розв'язання судами однієї й тієї ж категорії справ [434, с. 42]. Зокрема М.В. Мазур розглядає судову практику як всю діяльність судів щодо вирішення конкретних справ, що охоплює правильні й неправильні рі-

шення, залишені в силі, скасовані чи змінені [249, с. 494]. На думку С. Погребняк, судова практика є видом юридичної практики, що складається з правозастосування, тлумачення та правотворчої діяльності судів, що виявляється в певних видах правових актів [316, с. 93]. Це означає, що вчений наділяє суди правотворчою функцією, з чим погодитися не можна.

Є широке та вузьке розуміння судової практики. На думку В.В. Резнікової, у вузькому розумінні судовою практикою є сукупність фундаментальних рішень вищих судів щодо правозастосування, а у широкому – це різновид юридичної практики, тобто діяльності з видання, тлумачення, реалізації юридичних приписів в єдності з накопиченим соціально-правовим досвідом [352, с. 98]. Подібний підхід спостерігаємо у напрацюваннях С.В. Шевчук, який судову практику в широкому розумінні пояснює як діяльність судової влади, яка виявиться у прийнятті правових актів, а у вузькому – у створенні правових положень, конкретизації законів тощо [464, с. 3–4].

Заслуговує на увагу позиція С.В. Вишновецької та Т.М. Іваницької, які розглядають судову практику в широкому розумінні як діяльність усіх ланок судової системи щодо виконання покладених на них завдань, а у вузькому – як праві положення, створені судовими органами, що конкретизують норми права [102, с. 87–88].

На думку Є.О. Харитонова, поняття судової практики має кілька значень: а) це керівні роз'яснення вищих судових органів; б) багаторазове, уніфіковане розв'язання судами однієї категорії справ [434, с. 43].

І. В. Борщевський зазначає, що судова практика є об'єктивним досвідом індивідуальної юридичної діяль-

ності судових органів, що пов'язана із застосуванням закону для вирішення юридичних справ [80, с. 72].

Отже, судову практику більшістю вчених пов'язує з діяльністю вищих судових органів, які узагальнюють рішення судів у подібних справах. Однак з такою позицією погодитися цілком не можна, що зумовлено особливостями правового регулювання договірних відносин.

Розуміння судової практики базується на сталості, визначеності та існуванні певних напрямків у діяльності судових органів з того чи іншого питання. У державах романо-германського (континентального) права судову практику історично розглядають як синонім судової діяльності в цілому, а також як вироблені в ході судового розгляду судові правові положення [144, с. 51]. Тому в таких державах відсутнє юридичне підґрунтя для визнання обов'язкового дотримання напрацювання судової практики. Головною особливістю є те, що закон визнається найважливішим серед інших джерел права [465, с. 481]. Крім того, в таких державах наявний чіткий розподіл між правотворчою, правозастосовчою та правотлумачною діяльністю органів влади.

У державах романо-германського права сформовано систему правових джерел, кожне з яких має відповідну юридичну силу. Основним джерелом права в цих державах є закон у широкому розумінні цього слова, а судова практика відіграє другорядну роль. Це зумовлено тим, що юридичну силу мають не конкретні випадки, а нормативно-правові акти [26, с. 23].

Відповідно до норм цивільного законодавства джерела права за юридичною силою прийнято поділяти на первинні та вторинні. До первинних джерел належать нормативно-правові акти, договір, звичай, які завжди

мають юридичну силу, є обов'язковими для застосування. Це зумовлено тим, що такі джерела права мають найбільш істотне значення у соціальному житті, оскільки закріплюють найважливіші норми права. Найвищу юридичну силу мають нормативно-правові акти. Це зумовлено тим, що звичай, який суперечить договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не застосовують (ч. 2 ст. 7 ЦК України) [452]. Аналогічне правило застосовують й щодо юридичної сили цивільно-правового договору, тобто «сторони в договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їхнього змісту або із суті відносин між сторонами» (ч. 3 ст. 6 ЦК України) [452].

Вторинні джерела можуть мати юридичну силу та застосовуються у таких випадках: 1) коли немає первинних джерел; 2) якщо первинні джерела є неповними чи незрозумілими, тому виникає потреба у тлумаченні їхнього змісту чи встановленні нового правила поведінки. До вторинних джерел належить судова практика.

Вищенаведений поділ джерел права є предметом дослідження вітчизняних вчених [89, с. 194; 264]. Наприклад, розглядаючи джерела права, А. С. Мельник вказує на різноманітність форм вираження поглядів, поділяє їх на основні, доповнювальні та додаткові. До основних джерел права вчений відносить: нормативно-правовий акт (Конституція України, кодифіковані нормативні акти, закони, статuti); прецедент (рішення ЄСПЛ, рішення КС України); нормативно-правовий договір (міжнародно-правовий договір, національний договір). До

доповнювальних джерел права він відносить правові традиції та судову практику, які спрямовані на вдосконалення основних правових джерел. На думку вченого, додаткові джерела права повинні включати правові звичаї, судовий прецедент (рішення ВС), правову доктрину, правові принципи та релігійно-правові тексти [264, с. 373]. Таким чином, вчений розрізняє судову практику, прецедент, судовий прецедент, включивши їх до різних підвидів джерел права, а з цим погодитися не можна.

Дещо інші міркування висловлює Р. А. Майданик, на думку якого, первинні (базові) джерела права включають: законодавство, нормативно-правовий акт, правові звичаї, загальні правові засади (принципи) цивільного права, моральні засади суспільства. До похідних (вторинних) джерел права вчений відносить судові прецеденти (національні, міжнародні судові рішення) та джерела внутрішнього регулювання (саморегулювання) цивільних відносин їх учасниками – цивільно-правовий договір, односторонній правочин, локальний цивільно-правовий акт [250, с. 294-309]. Вважаємо, що позиція Р. А. Майданика щодо визнання за судовими рішеннями значення вторинного джерела права заслуговує на увагу. Водночас не можна повністю погодитися з ним у тому, що всі національні та міжнародні судові рішення є судовими прецедентами.

У юридичній літературі висловлюється думка про те, що у державах романо-германської правової системи право виражається та впроваджується в законах та підзаконних нормативно-правових актах. Тобто право не може бути виражено в узагальненій судовій практиці, оскільки остання не є первинним джерелом права. Прихильники позиції щодо невизнання судової практики як

джерела права наводять різні аргументи. Так, С. К. Загайнова зазначає, що судова практика не є джерелом права, однак здійснює істотний вплив на процес правотворчості. При цьому, вчена вказує на існуючі недоліки чинного законодавства та суспільні відносини, які потребують нагального правового регулювання [178, с. 57]. Водночас в літературі зустрічаються й протилежні зазначеним позиції щодо значення судової практики як джерела права.

На сьогодні помітна тенденція, що судова практика відіграє все більшу роль у правовому регулюванні суспільних відносин. З урахуванням цього більшість вітчизняних вчених вважає, що судову практику слід визнавати джерелом вітчизняного права [247, с. 52; 217, с. 361].

На думку Р. З. Лівшиць, надання суду права визнавати недійсними та скасовувати норми органів влади та управління кардинально змінює його роль, компетенція суду тепер поширюється й на нормотворчість. Вчений судову практику, як джерело права, визнає у формі постанов вищих судів, хоча, враховуючи сучасні реалії, таким джерелом можуть бути й рішення у конкретних справах про скасування нормативних актів, судові рішення щодо безпосереднього застосування норм Конституції, а також рішення колегій вищих судів у конкретних справах [238, с. 52]. Ю. С. Гамбаров судову практику визнавав особливим джерелом права. На його думку, судова практика позбавлена формально-обов'язкової сили, однак пов'язує суддю, тому може претендувати на визнання її в такому розумінні на відміну від одиничного судового рішення [108, с. 340].

При цьому, як зазначає Н. М. Коркунов, виступаючи прихильником віднесення судової практики до са-

мостійного джерела права: «Визнаючи судову практику самостійним джерелом права, варто зробити застереження, що ще не слід думати, що один раз прийняте судом рішення з якого-небудь спірного питання безумовно зв'язує руки всім іншим судам при вирішенні подібних справ» [217, с. 361]. Т. В. Росік розглядає судову практику як особливий вид юридичної діяльності, що здійснюється уповноваженими органами на національному та міжнародному рівнях у встановленому законом порядку з метою здійснення правосуддя або офіційного тлумачення правових норм, що призводить до прийняття відповідного акту, що закріплює право положення [356, с. 9].

Проаналізувавши погляди різних науковців, ми можемо виокремити такі ознаки судової практики: 1) правовий результат дії судової влади, який виявляється у формі судових актів; 2) вторинне джерело права; 3) формально не обов'язкове джерело права; 4) має взаємодоповнювальний та компенсаційний характер; 5) не створює правової норми, а лише тлумачення її.

У юридичній літературі залежно від суб'єкта встановлення виділяють три види судової практики: поточну, прецедентну та керівну. Поточна практика – це досвід застосування законодавства, виражений у рішеннях судів щодо конкретних справ. Прецедентною практикою є досвід використання права фундаментального характеру, виражений у рішеннях вищих судових органів у конкретних справах. Керівна практика стосується досвіду застосування законодавства, який виражається у спеціальних актах центральних судових органів, де така практика узагальнюється та формується у вигляді конкретизуючих норм. На відміну від двох попередніх, керівна практика є вищою формою практики та в цьому

розумінні її часто використовують на противагу судовому прецеденту [102, с. 87–91].

Далі охарактеризуємо поточну судову практику та її значення як регулятора договірних відносин. Оскільки соціальні відносини не тільки надзвичайно мінливі, а й не завжди передбачувані, вимоги цивільного договірного права не можуть бути гарантовані лише правовими нормами. У правовій системі повинен ефективно діяти механізм саморегулювання, що не лише доповнює правове регулювання, а й може заповнити прогалини у цивільному договірному праві. У межах загальних принципів права, чинного законодавства та інших соціальних норм баланс може й повинен підтримуватися самими сторонами шляхом погодження взаємних прав та обов'язків. Серед таких механізмів судова практика посідає особливе місце як важливий правовий регулятор договірних відносин у цивільному праві.

Цивільно-правовий договір є особливою формою вираження волі суб'єктів цивільного права щодо встановлення, зміни або припинення цивільних прав та обов'язків (ч. 1 ст. 626 ЦК України) [452]. Сторони договору є вільними щодо укладення договору, вибору контрагента, так і щодо визначення умов договору (ч. 1 ст. 627 ЦК України) [452]. Така воля сторін договору означає визначення на їхній розсуд і погодження ними змісту договору, тобто умов (пунктів) договору (ч. 1 ст. 628 ЦК України) [452]. Законодавець надає сторонам договору право самостійно тлумачити його зміст (ч. 1 ст. 213, ст. 637 ЦК України) [452]. Однак у разі, якщо немає спільної думки сторін щодо змісту договору, на вимогу однієї або обох сторін таке тлумачення повинен здійснити суд та прийняти відповідне рішення (ч. 2 ст. 213 ЦК Украї-

ни) [452]. Як зазначає І.В. Спасибо-Фатеева, необхідність у тлумаченні договору може бути з таких причин: «1) недостатньо уваги приділено розробленню та узгодженню тексту договору на етапі його укладення; 2) скористалися можливістю, наданою ст. 6 ЦК України, та врегулювали свої відносини, відступивши від моделі, що міститься в Кодексі або інших цивільних законах, однак це не було зроблено досконало; 3) укладали змішаний договір, в якому містилися елементи різних договорів, або договір, не передбачений в ЦК; 4) в тексті передбачали загальні вирази про посилання на чинне законодавство, в якому тим не менш певні аспекти відносин сторін викладено лише загально» [445, с. 638].

На нашу думку, прийняття судом рішення про тлумачення змісту конкретного договору слід розглядати як джерело права, оскільки таке судове рішення здійснює правове регулювання договірних відносин. У цьому випадку рішення суду не створює нового правила поведінки для сторін договору, а лише тлумачить погоджені сторонами умови (пункти) договору. Таку судову практику застосовують у разі прогалин у договірному регулюванні відносин між сторонами. Це означає, що судове рішення тлумачить зміст договору, який є первинним джерелом права.

Судове рішення, що набрало законної сили, обов'язкове для виконання сторонами договору. Якщо було укладено договір на користь третьої особи (ст. 636 ЦК України) [452], то судове рішення обов'язкове для виконання третьою стороною як учасником договірних правовідносин. Наприклад, у разі укладення договору перевезення вантажу одержувач може бути третьою стороною, як учасник договірних правовідносин, який володіє певними правами та обов'язками (ст. 909 ЦК України).

Отже, джерелом цивільного договірної права може бути судова практика у формі прийнятого судового рішення з конкретної справи, що набрало законної сили. Можна виокремити такі ознаки судової практики як джерела цивільного договірної права: 1) її застосовують за прогалин у правовому регулюванні відносин у цивільно-правовому договорі; 2) вона має зовнішнє вираження у формі судового рішення; 3) тлумачить зміст цивільно-правового договору; 4) може бути підставою для визнання цивільно-правового договору недійсним, що спричиняє його недійсність як джерела права; 5) має обов'язковий характер для застосування сторонами цивільно-правового договору, а також третіми особами, за умови укладення договору на користь третьої особи; 6) є вторинним джерелом права.

Для позначення судової практики у державах, що входять до англо-саксонської правової сім'ї, використовують термін «судовий прецедент». А.І. Дрішлюк звертає увагу на те, що термін «прецедент» зазвичай використовують, маючи на увазі країни, які входять до англо-саксонської правової сім'ї, а «судова практика» – коли йдеться про держави, що входять до романо-германської правової сім'ї. Проте сутність судової практики у науці континентального права принципово відрізняється від сутності прецеденту в англо-саксонському праві [160, с. 73].

Слід зазначити, що перші витoki цього правового явища слід шукати в правилах судочинства у Стародавній Греції, Стародавньому Єгипті та Стародавньому Римі, а не, як вважають більшість сучасних вчених, у загальному праві Англії. У Стародавній Греції судді спиралися на попередні рішення для врегулювання торгових суперечок, а в Стародавньому Єгипті була розроблена

система публікації судових рішень з метою їх подальшого застосування в подібних справах. Так само римські судді, як правило, дотримувались практики своїх попередників, особливо з процедурних питань [465, с. 16].

Прецедент у англо-саксонській правовій системі виник за певних історичних обставин – у період, коли було відсутнє законодавче регулювання суспільних відносин.

У тлумачних словниках даються такі визначення поняття «прецедент» (від лат. *«Praecedens»* – той, що передує): приклад (справа), який приймається або може бути прийнято як зразок або правило для наступних справ, або яким подібні справи чи обставини можуть бути підтверджені або пояснені [226, с. 7-8]; справа чи рішення суду, що створює модель для таких самих або подібних справ, у тому випадку, якщо подібні справи будуть розглядатись; тобто це норма закону, яка вперше була встановлена судом для конкретної категорії справ і відтоді застосовується до подібних справ[32]; спосіб зовнішнього вираження та закріплення індивідуального правила поведінки, яке встановлюється компетентним органом держави для врегулювання конкретної життєвої ситуації і стає загальнообов'язковим у регулюванні аналогічних конкретних життєвих ситуацій [476].

Таким чином, у словниках прецедент у англо-саксонському праві наділяється ознакою щодо можливості створення нової норми права, а це означає, що суд наділений правотворчою функцією.

У юридичній літературі зарубіжних держав ученими пропонується визначення поняття прецеденту: рішення у конкретній справі, яке є обов'язковим для судів тієї чи іншої інстанції під час вирішення аналогічних справ або є приблизним зразком тлумачення закону, що не має

обов'язкової сили (Рене Давид) [137, с. 257]; складається з норм і принципів, які створені та застосовуються судом у процесі винесення рішення (Руперт Кросс) [226, с. 25]; рішення суду, яке є обов'язковим або необхідним, має бути ретельно вивчене, коли інший суд вирішує те чи схоже питання (Девід Ллойд) [347, с. 151]; правило, встановлене у попередній справі, яке є обов'язковим чи переконливим для суду під час вирішення подальших справ із подібними питаннями (Ш. Д. Паттінсон) [25]; правило, що складається з норм і принципів, розроблених та застосовуваних англійськими судами під час вирішення судових спорів (Н. Д. Слотвінська) [378, с. 137–138].

Таким чином, у державах англо-саксонської правової системи судовий прецедент визнається джерелом права. Тому суд не може відмовити у правосудді, якщо питання, з яким звертаються, не регулюються законом. Суд зобов'язаний створити нову норму права, на основі якої буде вирішуватися справа. Однак, навіть за таких умов не всі суди можуть створювати прецеденти. Наприклад, у Англії, де прецедент досить формалізований, його встановлюють лише Палата лордів, Апеляційний суд і Високий суд (інші суди не створюють прецедентів). У США прецедент також встановлюють тільки вищі суди на рівні федерації – Верховний суд США, та на рівні штатів – верховні суди штатів. Принцип прецеденту застосовується вертикально та визначає, що рішення вищих судів є обов'язковими для виконання судами нижчих судів та юридично прирівнюються до закону. Правила прецеденту спрямовані на суди, які повинні його дотримуватися. Велика кількість принципів і норм загального права Англії була розроблена саме судами та встановлена в прецедентах [378, с. 137–138].

Таким чином, у державах англо-саксонської правової сім'ї судові органи не лише виконують юрисдикційну функцію (врегулювання конфліктів на основі закону), а й законодавчу – правотворчу – функцію [377, с. 52-61]. При цьому, як зробив висновок Р. А. Майданик, «законодавство і прецеденти є первинними та конкуруючими джерелами права. Кожне з них не виводиться з іншого, хоча прецедент підпорядкований законодавству в тому сенсі, що закон завжди його може анулювати» [250, с. 294–309].

Вищезазначене дозволяє виокремити такі ознаки судового прецеденту у англо-саксонському праві: 1) первинне джерело права; 2) встановлюється лише вищим судовим органом; 3) встановлюється під час розгляду конкретної судової справи; 4) встановлюється лише у разі наявності прогалини у правовому регулюванні суспільних відносин; 5) містить нову норму чи принцип права, а також може тлумачити вже чинну норму чи принцип права; 6) обов'язковий для застосування вищим судовим органом та судами нижчої інстанції під час розгляду аналогічних справ.

Незважаючи на явну відмінність між термінами «судова практика» та «судовий прецедент», водночас вони подібні тим, що обидва джерела пов'язані з судовим розглядом подібних справ. Як зазначено у давньоримській сентенції «*Renun perpetuo similiter judicatarum auctoritas vim legis obtinere debet*», тобто судові рішення зі справ, які постійно вирішуються однаково, набувають силу закону [44, с. 149]. Однак, як зазначає О.Р. Дашковська, судову практику та судовий прецедент не слід отождествлювати, оскільки вони є окремими складовими частинами судової правотворчості [140, с. 37].

На думку С. В. Шевчука, спільними ознаками судової практики й судового прецеденту є такі: вони є «не-

писаними», тобто приймаються суддями, а не законодавчим органом; виникають із забезпечення необхідності здійснення правосуддя та, головним чином, із застосування та тлумачення закону під час розгляду конкретної справи; забезпечуються державою через діяльність органів із виконання судових рішень; розробляються на основі юридичних фактів та обставин справи, встановлених під час судового розгляду; відсутня чітка структура, яка притаманна нормативно-правовому акту, утворюються з міркувань, що ведуть до створення певного правила, принципу, підходу (*ratio decendi*), застосування яких за певних обставин призвело тим чи іншим чином до вирішення справи [465, с. 9].

Незважаючи на подібність судової практики та судового прецеденту, між ними є істотні відмінності:

1) судова практика не вважається обов'язковою для застосування під час вирішення аналогічних судових справ. Для того щоб судова практика набула значення правової норми, вона має бути правовою підставою для вирішення низки аналогічних справ. У той же час судовий прецедент – це рішення, винесене судом у конкретній справі, правила якого стають обов'язковими для всіх судів тієї ж або нижчої інстанції для вирішення аналогічних справ, тобто є юридично еквівалентним закону;

2) судова практика характеризується накопиченням окремих судових рішень з подальшим узагальненням практики ВС щодо них, як це характерно для України, а судовий прецедент характеризується казуїстичністю, тобто норму права створює судове рішення.

Можливість визнання судової практики як джерела цивільного договірної права залежить від юрисдикції суду. У такому випадку судову практику напрацьову-

ють усі інстанції судової системи. Однак обов'язковою є практика вищих судових органів, що забезпечує стабільність правозастосування під час вирішення спорів у договірних відносинах. Таку практику обов'язково повинні застосовувати суди нижчих інстанцій.

Важливу роль у забезпеченні законності в договірних відносинах відіграють акти судових органів, зокрема рішення КС України та правові позиції ВС.

Варто розпочати з КС України, який є єдиним органом конституційного правосуддя в Україні (ст.ст. 150, 151¹, 152 Конституції України). Відповідно до Конституції України (ст.ст. 150, 151¹, 152) він наділений повноваженнями: 1) вирішувати питання про відповідність Конституції України: законів та інших правових актів Верховною Радою України, актів Президента України, Кабінету Міністрів України, правових актів Верховною Радою АРК (п. 1 ч. 1 ст. 150, ст. 151¹); 2) давати офіційне та обов'язкове для всіх тлумачення Конституції та законів України (п. 2 ч. 1 ст. 150); 3) надавати висновки про відповідність Конституції України (конституційність) чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховною Радою України для надання згоди на їх обов'язковість (ч. 1 ст. 151); питань, які пропонуються для винесення на всеукраїнський референдум за народною ініціативою (ч. 2 ст. 151); додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпичменту (ч. 3 ст. 151). Більш розширений перелік повноважень КС України закріплено у ст. 7 Закону України «Про Конституційний Суд України».

Підтвердженням того, що рішення КС України є джерелом цивільного договірного права, слугує те, що

вирішуючи питання про конституційність нормативно-правових актів або окремих їх положень, він може вносити низку змін до чинного законодавства, чим забезпечує охорону та захист прав суб'єктів цивільних договірних відносин. На відміну від інших джерел цивільного договірного права, рішення та висновки КС України є обов'язковими, остаточними і не можуть бути оскаржені (ст. 151² Конституції України).

Особливістю діяльності КС України є те, що він не наділений повноваженнями створювати правові норми, а може вносити зміни або скасовувати правові акти, визнаючи їх неконституційними повністю або частково.

На відміну від інших джерел цивільного договірного права, рішення та висновки КС України є обов'язковими, остаточними і не можуть бути оскаржені (ст. 151² Конституції України).

Поява нормативних приписів судової практики зумовлена насамперед тим, що, застосовуючи абстрактні норми закону в реальних ситуаціях, зокрема договорах, суди повинні тлумачити, деталізувати їх та, як наслідок, формулювати більш конкретні правила, а у випадках порушення такими нормами законодавства визнавати їх незаконними. Як приклад, можна навести рішення КС України у справі щодо офіційного тлумачення положення ч. 4 ст. 3 Закону України «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва» (справа про заборону розірвання договорів інвестування житлового будівництва) від 13 березня 2012 року № 5-рп/2012 Справа № 1-7/2012 [353].

Згідно з абз. 1 ч. 4 ст. 3 цього Закону заборонено розірвання фізичними та юридичними особами будь-яких

договорів, результатом яких є передача забудовниками завершеного об'єкта (частини об'єкта) житлового будівництва за умови, що за такими договорами здійснено оплату 100 відсотків вартості об'єкта (частини об'єкта) житлового будівництва [353].

Здійснивши аналіз правових актів України, КС України прийшов до висновку, що право власності громадянина, в тому числі й на грошові кошти, гарантується громадянам Конституцією України і не може бути незаконно обмежене [353]. Загалом КС України, здійснивши функцію тлумачення норм права, конкретизував зміст норми закону, яка стала остаточною, обов'язковою для виконання на території України та, відповідно, не може бути оскарженою.

Це дозволяє виокремити такі ознаки рішень та висновків КС України як джерела цивільного договірного права: 1) вони мають найвищу юридичну силу, зокрема вищу за юридичну силу закону; 2) мають подвійне значення: а) рішення КС є джерелом права з дня його ухвалення; б) на підставі рішення КС втрачають чинність нормативно-правові акти або їх окремі положення (ст. 91 Закону України «Про Конституційний Суд України»); 3) рішення та висновки КС є обов'язковими для виконання на території України; 4) вони є остаточною та не можуть бути оскарженими; 5) є вторинним джерелом права, оскільки тлумачать норми Конституції та законів України щодо їх конституційності.

У державах романо-германського (континентального) права рішення вищих судів відіграють важливу роль у формуванні судової практики та можуть слугувати аналогом судових прецедентів. В Україні таке значення мають рішення ВС.

Відповідно до ч. 4 ст. 263 ЦПК України під час вибору та застосування норми права до спірних правовідносин суд враховує висновки щодо застосування відповідних правових норм, викладених у постановах ВС [454]. У Законі України «Про судоустрій та статус суддів» закріплено основні завдання ВС як вищого органу в системі судочинства України, зокрема забезпечення сталості та єдності судової практики [342]. Крім того у ст. 13 цього Закону встановлено такі правила: а) «висновки щодо застосування норм права, викладені у постановах ВС, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права»; б) «висновки щодо застосування норм права, викладені в постановах ВС, враховуються іншими судами під час застосування таких норм права» [342]. Загалом у цьому законодавчому акті закріплено правило про визнання висновків ВС, викладених у постановах, джерелом права, обов'язковими для застосування іншими судами. Неможливість судів нижчої інстанції відступити від правової позиції ВС та надання йому повноважень з роз'яснення закону на основі узагальненої судової практики зумовлена необхідністю усунення неоднакового вирішення спорів у аналогічних справах, а також корупційних ризиків у судовій системі.

Щодо правової природи постанов ВС В.В. Лазарєв правильно характеризує нормативний характер цих актів. Він зазначає, що Постанови ВС завжди містили, містять та не можуть не містити правил поведінки загального характеру. Такі правила поведінки стосуються не конкретного суду, а всіх судових інстанцій та невизначеного кола осіб у зв'язку з можливістю їх звернення до судових

органів. Одноразове застосування норм права ніколи не вичерпує змісту керівного роз'яснення. Керівні роз'яснення (вказівки) хоча й тимчасово, але заповнюють прогалини у законодавстві, вносять новий елемент до правового регулювання. Постанови є достатньо чіткими та містять юридично обов'язкові положення нормативного характеру [296, с. 162– 163].

Слід зазначити, що правові позиції ВС є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму договірного права та їх повинні враховувати інші суди під час застосування таких норм договірного права, проте вони можуть втратити свою актуальність, наприклад, якщо зміниться норма закону. З огляду на це постанови ВС, які містять правові позиції щодо застосування норм цивільного договірного права, на наш погляд, слід розглядати як вторинне (похідне) джерело цивільного договірного права.

З урахуванням цього ВС надає зразкове тлумачення норм цивільного договірного права, ураховуючи обставини конкретної справи, характер спірних правовідносин та зміст вимог. Цю модель повинні враховувати суди нижчої інстанції в аналогічних справах. Наприклад, ВС роз'яснює ознаки змішаного договору та наслідки його повного чи часткового виконання [322]. Не можна однозначно стверджувати, що таке тлумачення ВС створює новий нормативний припис, проте можна впевнено зробити висновок, що ВС, який дає звужувальне або розширюване тлумачення нормативного припису, конкретизує правило поведінки, яке раніше не було формалізоване, тому його можна вважати повноцінним джерелом цивільного договірного права.

Наприклад, Велика палата ВС у справі № 373/2054/16-ц від 16.01.2019 р., відступивши від висновків ВС України у рішенні від 02.07.2014 р. (справа № 6-79цс14) та ВС у постанові від 25.07.2018 р. (справа № 308/3824/16), остаточно роз'яснила, в якій валюті має бути повернено позику, надану в іноземній валюті. Велика палата ВС чітко заявила, що борг за такою позикою повинен бути стягнений в іноземній валюті. Крім того, під час розрахунку 3% річних за основу слід брати прострочену суму, зазначену в договорі чи судовому рішенні, а не український еквівалент у національній валюті [321].

Проаналізувавши правові норми, ВС зазначив, що, якщо визначено грошовий еквівалент зобов'язання в іноземній валюті, сума, яка підлягає сплаті у гривнях, визначається за офіційним курсом валюти на день платежу, якщо інше не зазначено в договорі чи законі, чи інших нормативних актах. Чинне законодавство не забороняє виконання грошового зобов'язання в іноземній валюті, зазначеного в договорі. Тому, як укладення, так і виконання договірних зобов'язань в іноземній валюті, особливо у позиках, не суперечать чинному законодавству [321].

Загалом можна визначити такі ознаки судової практики ВС як джерела цивільного договірної права України: 1) є вторинним (похідним) джерелом цивільного договірної права, формою правового орієнтуру для правозастосовної практики щодо інших джерел цивільного договірної права; 2) здійснює тлумачення нормативного припису; 3) обов'язкова для застосування судами першої та апеляційної інстанції; 4) остаточна та не може бути оскарженою; 5) може бути змінена лише ВС; 6) її приймають для однакового застосування судами норм матеріального права з певного однорідного кола

правовідносин; 7) спрямована на забезпечення законності в дотриманні, гарантуванні, реалізації та правовому захисті прав учасників договірних правовідносин.

У цьому розумінні правові норми ВС покликані забезпечити якісний та системний судовий контроль у системі джерел цивільного договірного права шляхом розроблення ефективних механізмів щодо їхнього одностайного розуміння та застосування.

На підставі цього можна зробити висновок, що рішення ВС мають ознаки правозастосовного прецеденту, а не прецеденту в розумінні англо-саксонського права, оскільки вони є прикладом правозастосування закону (норми права), а не утворюють нових норм права, а також належать до категорії керівної судової практики у сфері цивільного договірного права.

Разом варто охарактеризувати практику ЄСПЛ. Відповідно до ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», в Україні суди застосовують Європейську конвенцію та практику ЄСПЛ як джерело права під час розгляду справ [331]. У ст. 10 ЦПК України встановлено, що «суд вирішує справи відповідно до Конституції України, законів України та міжнародних договорів, згоду на обов'язковість яких надала Верховна Рада України» [454]. У разі невідповідності закону України міжнародному договору суд застосовує міжнародний договір (п. 8 ст. 10 ЦПК України) [454]. Аналогічне правило закріплено у ст. 3 Закону України «Про міжнародне приватне право» [335].

Отже, практика ЄСПЛ є джерелом права, тому суди обов'язково повинні її застосовувати.

У контексті європейських інтеграційних процесів, що відбуваються в Україні, питання застосування прак-

тики ЄСПЛ як джерела цивільного договірному права набувають важливого значення. На думку С.В. Шевчука, загальнообов'язковий характер європейської судової практики з прав людини для України впливає з принципу судової ієрархії – ЄСПЛ має найвищу юрисдикцію в галузі судового захисту прав і свобод людини, що безпосередньо підпадає під ст. 55 Конституції України [465, с. 173].

Досліджуючи правову природу практики ЄСПЛ, Т. А. Стоянова зазначає, що судовий прецедент у контексті рішень ЄСПЛ є тлумаченням положень Європейської конвенції і не призначений для створення норм права шляхом встановлення загальнообов'язкових правил поведінки. З огляду на це не можна повністю визнати, що практика ЄСПЛ створює судовий прецедент [383, с. 57]. На думку вченої, практика ЄСПЛ створює судовий прецедент у контексті тлумачення положень Європейської конвенції.

Як зазначає І.С. Метлова, ЄСПЛ, що реалізує та тлумачить Європейську конвенцію у конкретній справі, встановлює нормативні установки у формі своїх правових позицій. Це і дає підставу вважати рішення ЄСПЛ джерелами права – судовими прецедентами, а не актами тлумачення або застосування [267, с. 9].

Своєю чергою В.А. Завгородній зауважує, що рішення ЄСПЛ за своєю правовою природою – це елемент судової практики, яка є унікальним джерелом права прецедентного характеру, основою якого є правова позиція та під час прийняття якого вирішується конкретна справа й здійснюється офіційне тлумачення норм Європейської конвенції [177, с. 22].

Властивості рішення ЄСПЛ Н.Є. Блажівська розкрила у такий спосіб: 1) вони мають відкритий характер;

2) офіційно публікуються (будь-яка зацікавлена особа може з ними ознайомитися); 3) мають прецедентний характер; 4) мають декларативний характер; 5) мають остаточний характер [72, с. 14]

Отже, у юридичній літературі звертають увагу на подвійне значення рішення ЄСПЛ: 1) вони тлумачать Європейську конвенцію; 2) є судовим прецедентом.

Слід зазначити, що поняття «судовий прецедент» у розумінні англо-саксонського права не можна застосовувати для позначення практики ЄСПЛ. Основна відмінність між континентальним та англо-саксонським прецедентами полягає у тому, що останній може сформувати одне судове рішення, тоді як континентальний його аналог може сформувати низка судових рішень [368, с. 246]. Прецедент виникає якщо не внаслідок консенсусу, то, принаймні, внаслідок схвалення правової позиції переважною більшістю. Як зазначає Н. Ю. Задирака, у романо-германській правовій сім'ї відповідним аналогом є так звана доктрина «*jurisprudence constante*», тобто «уста-лена судова практика, яка є синонімом відповідного аналога, «прецедент країн континентального права».

Слід зазначити, що переважна більшість європейських держав належать до романо-германської правової сім'ї, тому практика ЄСПЛ у цих країнах сприймається як тлумачення норм Європейської Конвенції та їх акцентуація. За своїм змістом практика ЄСПЛ є джерелом тлумачення Європейської конвенції. У § 36 справи «S.W. проти Сполученого Королівства» ЄСПЛ встановив: «Наскільки чітко не була б сформульована норма у будь-якій системі права... неминучий елемент судового тлумачення. Завжди буде необхідність у роз'ясненні незрозумілих моментів і в адаптації до обставин, що змінюються» [86, с. 24].

На думку О.О. Сидоренка, рішення ЄСПЛ можна розглядати як офіційну форму роз'яснення невід'ємних прав людини, що є частиною національного законодавства та гарантується Конвенцією, яка є джерелом законодавства та правозастосування в Україні [368, с. 244].

Отже, якщо розглядаються деякі спірні питання щодо застосування правових позицій ЄСПЛ, то можна стверджувати, що, хоча ЄСПЛ не вводить нових положень Конвенції, однак у процесі її тлумачення часто створює нові правила поведінки для держав-учасників. В Україні рішення ЄСПЛ мають пріоритет над нормами національного права.

Слід зазначити, що юристи порушують питання про те, які рішення ЄСПЛ мають значення прецеденту як джерела права: у справах проти своєї держави чи всі рішення ЄСПЛ [86, с. 13]. Правильним є висновок О. Буткевич, що, «визнаючи обов'язковим рішення ЄСПЛ проти себе, держава змушена сприймати і застосовувати правові стандарти і принципи, на які посиляється Суд у цій справі, навіть якщо їх було винесено у попередніх його рішеннях стосовно інших держав» [86, с. 13]. Подібні міркування висловлює й Н.Є. Блажівська, на думку якої, «рішення ЄСПЛ, зокрема й ті, які винесено проти інших держав – учасниць ЄКПЛ, мають в Україні обов'язкову юридичну силу та є джерелами права, тому їх мають враховувати законодавець і правозастосовні органи [72, с. 11].

Що стосується визнання судової практики ЄСПЛ джерелом цивільного договірної права, слід зробити висновок, що вона є вторинним джерелом. Це пояснюється також тим, що відповідно до п. 2 ч. 3 ст. 423 ЦПК України однією з «підстав для перегляду судових рішень

у зв'язку з виключними обставинами є встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні даної справи судом» [454]. З моменту ратифікації Європейської конвенції Законом України № 475/97-ВР від 17.07.97 р. рішення ЄСПЛ стали для України обов'язковими. Саме тому немає сумнівів, що практика ЄСПЛ як особливий вид судового прецеденту є джерелом цивільного договірної права України.

Крім того рішення ЄСПЛ є остаточним у справах проти України, яким визнано: 1) порушення Конвенції; 2) щодо справедливої сатисфакції (ч. 1 ст. 1 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»). Це означає, що прийняті рішення ЄСПЛ не можуть бути у подальшому оскаржені. Вони підлягають своєчасному та належному виконанню (ст. 46 Європейської конвенції). Специфіка цих рішень також полягає у тому, що обов'язок держави щодо їх виконання не залежить від волі особи, на користь якої ЄСПЛ виніс рішення. Це зумовлено тим, що «держави повинні сама виконати рішення Суду на користь особи, а звільнити її від такого обов'язку може лише письмова відмова особи отримати присуджену за рішенням суму».

Слід зазначити, що ЄСПЛ має право не лише тлумачити Європейську конвенцію, а також дозволяє собі приймати нові норми права на підставі яких держави-учасники зобов'язані вносити зміни чи доповнення до національного законодавства.

Рішення ЄСПЛ містять вимоги про розроблення нових положень імплементуючого законодавства, а також вимагають зміни адміністративної та судової практики.

У такому випадку, як зазначає Н.Є. Блажівська, «ЄСПЛ залишає за національною владою певну автономію у сфері оцінки, однак межі оцінки встановлює саме ЄСПЛ, а не національні органи державної влади» [72, с. 12]. Саме тому, на думку Н.Є. Блажівської, «прецедентний характер рішень ЄСПЛ дав змогу зробити висновок, що правові позиції прецедентів ЄСПЛ встановлюють єдині стандарти правопорядку для держав – учасниць ЄКПЛ, що виходить за межі тлумачення та конкретизації права, створює прецеденти як повноцінних джерел права» [72, с. 11].

Отже, рішення ЄСПЛ мають загальні та спеціальні ознаки джерела права. Зокрема вони володіють юридичною силою та мають обов'язковий характер для застосування (загальні ознаки). До спеціальних ознак як джерела цивільного договірної права слід віднести такі: 1) вторинне джерело права; 2) здійснюють тлумачення Європейської конвенції; 3) можуть встановлювати нову норму права, якщо зобов'язують вносити зміни до національного законодавства держав-учасників цієї Конвенції; 4) рішення є остаточним; 5) судовий прецедент.

У такому випадку прецедентний характер рішень ЄСПЛ відрізняється від класичних судових прецедентів. Як правильно зазначає Н.Є. Блажівська, відмінність між ними полягає у такому: 1) ЄСПЛ не зв'язаний доктриною прецеденту, тобто не зобов'язаний слідувати своїм же рішенням; 2) ЄСПЛ не пов'язаний із суб'єктним складом або фактичними обставинами під час застосування прецеденту; 3) ЄСПЛ не потребує обґрунтування застосування прецеденту, оскільки застосовує не норму права, а правовий стандарт, який відмежований від конкретних життєвих ситуацій і формується не з урахуванням об-

ставин події, хоча й бере до уваги ЄСПЛ, а з урахуванням «духу» ЄКПЛ [72, с. 14]

Практика ЄСПЛ застосовується як джерело цивільного договірної права, як правило, щодо дотримання ст. 1 Першого протоколу до ЄКПЛ, яка охоплює захист права вимоги, яке може бути елементом змісту як договірних, так і позадоговірних зобов'язань, як регулятивних, так і охоронних зобов'язань. При цьому порушення зобов'язального права вимоги може тягнути за собою компенсацію завданої шкоди – як майнової, так і немайнової (моральної). [72, с. 22]. Наприклад: «майбутній прибуток є «власністю» лише в тому випадку, якщо такий прибуток було отримано або існує забезпечена правовою санкцією вимога щодо його отримання (*Ian Edgar (Liverpool) Ltd v. the United Kingdom* (ухв.); *Wendenburg and Others v. Germany* (ухв.); *Levanen and Others v. Finland* (ухв.); *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal* [ВП], § 64)»; «у певних справах договір оренди майновим інтересом пілягав захисту ст. 1 Протоколу № 1 (*Stretch v. the United Kingdom*, §§ 32-35; *Bruncrona v. Finland*, § 79; *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* [ВП], § 140). У справі *Di Marco v. Italy*, §§ 48-53»); «законне очікування заявника у зв'язку з майновими інтересами, наприклад, використання земельної ділянки та комерційна діяльність, пов'язана з ним, мали достатньо важливе значення для того, щоб вважатися «майном» в значенні ст. 1 Протоколу № 1»; «встановлене законом призупинення виконання наказів про повернення власності орендарям, які перестали платити орендну плату (*Immobiliare Saffi v. Italy* [ВП], § 46)»; «встановлені законом обмеження для рівня орендної плати, яку власники майна могли б вимагати від орендаря та безстрокове продовження дого-

вору оренди на тих самих умовах, в той час як власники продовжували отримувати орендну плату на тих самих умовах, на які вони добровільно погодилися під час підписання угоди і могли вільно продати свою земельну ділянку незважаючи на те, що вона знаходилася в оренді (*Lindheim and Others v. Norway*, § 75-78)».

Це дозволяє зробити такі висновки.

Судову практику та судовий прецедент не доцільно ототожнювати, оскільки вони є окремими складовими судової правотворчості [140, с. 37]. З урахуванням цього поняття «судова практика» варто розглядати в широкому та вузькому розумінні. У широкому розумінні судова практика – це будь-яка діяльність судових органів, яка спрямована на розгляд та вирішення спорів і виражається у прийнятих судових рішеннях. Суд захищає права, свободи та інтереси фізичних осіб, юридичних осіб, держави та територіальних громад, способом, передбаченим законом або договором.

У вузькому розумінні судова практика – це сукупність судових рішень, які є результатом професійної діяльності суддів вищих інстанцій у сфері правозастосування та тлумачення норм права, які завдяки своїй множинності та багаторазовості застосування стають правовою моделлю для подальших судових рішень в аналогічних справах. Це означає, що діяльність судової влади через судові рішення впливає на цивільні договірні відносини та є проміжним ланкою між законом та договором. У такому випадку джерелом цивільного договірного права може бути судова практика лише у вузькому розумінні.

Судовим прецедентом як джерелом цивільного договірного права є рішення суду, винесене під час здійс-

нення правосуддя з певної процесуальної справи, яке формулює нову норму і тому є обов'язковим для застосування судами нижчої інстанції або рівної під час вирішення подібних справ. Такий прецедент має імперативний характер і його використовують в подібних випадках як джерело права.

Рішення ЄСПЛ у тлумаченні норм Європейської конвенції встановлюють нові правила поведінки держав-учасників, тому вони є особливим різновидом судового прецеденту – правотлумачним прецедентом, обов'язковим для застосування як на території держави-сторони, а й на всій території, на яку поширюється юрисдикція ЄСПЛ.

Отже, акти судових органів, які є джерелами цивільного договірної права, можна подати в такій ієрархії за юридичною силою:

1) рішення ЄСПЛ, які становлять ідеологічно-правову (ціннісну) основу для здійснення правосуддя в Україні. Правові позиції, що виражені в рішеннях ЄСПЛ, мають загальнообов'язкову природу для практики національних судів загальної юрисдикції та пов'язуються з висновками і рішеннями КС України та ВС;

2) правотворчі рішення КС України про визнання неконституційними нормативно-правовими актами та рішення інтерпретаційного (правотлумачного) характеру. Рішення КС України, оскільки вони є обов'язковими, повинні визначати напрямок та основні принципи правозастосування для всіх судів в Україні, спрямовувати узагальнювальну практику вищих судових інстанції та казуальне право;

3) правові положення – узагальнювальна судова практика ВС, спрямована на забезпечення однаково-

го застосування закону судами (постанови ВС, правові позиції в окремих справах). Така практика, по суті, є обов'язковою та спрямовує суди першої інстанції на належне застосування норм матеріального і процесуального права. Узагальнювальна практика ВС повинна бути основою казуального права, яка встановлюється та формується під час розгляду конкретних спорів, не може суперечити закону як нормативно-правовому джерелу регулювання цивільних договірних відносин;

4) казуальна практика – акти (рішення та постанови), що їх ухвалюють суди під час вирішення цивільних спорів по суті (первісна практика) та/або під час апеляційного і касаційного переглядів судових рішень.

Отже, судова практика як джерело правового регулювання договірних відносин займає особливе місце. Вона сприяє правильному та однаковому застосуванню норм цивільного договірного права, виявленню та усуненню прогалин у законодавстві, невизначеності у змісті окремих норм права, а також є підґрунтям для внесення змін і доповнень до актів цивільного законодавства.

3.3. Цивільно-правовий договір як джерело цивільного договірного права

Сьогодні практично не можливо віднайти дослідника, який би заперечував щодо договору роль регулятора відносин між договірними сторонами. Відповідно до ст. 6 ЦК України, по-перше, визнається регулятивна роль договору, а по-друге, визначено межі впливу договірних регуляторів на відносини контрагентів, які полягають у тому, що сторони в договорі не можуть відступати від положень актів цивільного законодавства, якщо в них про це прямо

зазначено або коли обов'язковість цих положень впливає з їх суті або з суті відносин між сторонами [67, с. 77]. Йдеться про те, що якщо про договір не згадано в актах цивільного законодавства взагалі, то особи мають право врегулювати свої відносини на власний розсуд. Якщо про договір згадано в актах законодавства, але регламентовано ними недостатньо детально, то сторони можуть врегулювати ті свої відносини, які не врегульовано цими актами. Це означає, що окремі умови такого договору можуть створювати норми цивільного права [435, с. 82].

На думку П.А. Меденцева, класична теорія договору, згідно з якою договором є домовленість сторін, концентрує лише частину теоретичних уявлень щодо договору, тому сьогодні вже не може у повному обсязі відобразити договір як правове явище і належною мірою виконати функцію концептуальної основи сучасного договірного права держав романо-германської правової сім'ї [260, с. 190].

Поряд із цим не заперечується роль цивільно-правового договору як джерела цивільного права, зокрема цивільного договірного права. Склалися різні підходи щодо віднесення цивільно-правового договору до тієї чи іншої класифікації джерел. Одні з науковців вважають цивільно-правовий договір нормативно-правовим актом [70, с. 90], поряд з законом, а інші називають цивільно-правовий договір нетиповим джерелом права [87, с. 21].

Ми вважаємо, що цивільно-правовий договір є самостійним джерелом права. Погодимося з А.Г. Бірюковою, яка зазначає, що, розглядаючи договір як самостійне джерело цивільного права, треба мати на увазі не нормативні договори, а договір, не передбачений акта-

ми цивільного законодавства. Такий договір укладають лише внаслідок власного волевиявлення сторін, а його зміст визначається без посилання на чинні норми, що регулюють певні договори, в тому числі із застосуванням аналогії закону. Укладений таким чином договір є єдиним регулятором суспільних відносин, які він породжує [70, с. 90].

Регулятивна роль договору «наближає» його до закону та інших нормативно-правових актів. Умови цивільно-правового договору відрізняються від правової норми двома особливостями. Перша пов'язана із походженням правил поведінки: договір – відображає волю сторін, а правовий акт – волю вищого органу. Друга особливість проявляється у визначенні меж дії правила поведінки: договір безпосередньо регулює поведінку лише його сторін – для тих, хто не є стороною, він може створити права, але не обов'язки; одночасно нормативно-правовий акт створює загальне для усіх правило поведінки (у ньому вказано будь-яке обмеження кола осіб, на яке поширюється дія нормативно-правового акта, в ньому вказується) [81, с. 9]. Відповідно особам надається право вибору: використати вже усталені норми законодавства для регламентації своїх відносин або встановити для себе правила поведінки на свій розсуд [448, с. 37–38], тобто визначити їх в умовах договору.

Положення частин 2 і 3 ст. 6 ЦК України фактично передбачають можливість визнання договору і одностороннього правочину джерелом цивільного права й трьох випадках: 1) коли є прогалини у праві щодо відносин, не врегульованих актами цивільного законодавства, якими передбачено відповідний договір; 2) є можливість відступити від положень актів цивільного законодавства,

якщо про неможливість такого відступлення прямо не вказано в цих актах; 3) якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства не впливає зі змісту або суті відносин між сторонами [250, с. 304].

Варто замітити, що хоча за загальним правилом передбачено право суб'єктів договору відступити від положень актів цивільного законодавства, але з нього є винятки: 1) відступ від положення акта цивільного законодавства прямо забороняє такий акт; 2) обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їхнього змісту; 3) обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з самої суті відносин між сторонами (наприклад, у договорі дарування неможливо передбачити плату за подарунок, оскільки дарування за своєю суттю є безоплатним) [448, с. 37–38].

Кожного разу, коли сторони укладають договір, вони повинні погодити його умови, які визначають права та обов'язки контрагентів. Разом з цим у зв'язку з укладенням договору сторони також пов'язуються правами та обов'язками, визначеними в законі. Зокрема йдеться про права і обов'язки, які передбачено нормами особливої частини ЦК України, у главі, що регулює певний договір [82, с. 14].

Отже, цивільно-правовий договір як джерело цивільного договірного права має пріоритет порівняно із нормативно-правовий актом за двох умов: 1) укладений договір не може суперечити нормам закону; 2) умови, визначені в договорі, мають перевагу. Ю.О. Тіхоміров вказував на те, що закон є «батьком договору», у свою чергу М.І. Брагінский та В.В. Вітрянский в цьому розумінні додали, що «правочин є матір'ю договору» [82, с. 14].

На думку Р.А. Майданика, правочин (договір та односторонній правочин) можна розглядати джерелом вітчизняного цивільного права. У такому випадку слід враховувати, що нормативність умов правочину полягає не в повторюваності закріплених у ньому правил і не в деперсоніфікованості їх адресатів, а саме у встановленні правила, незалежно від того, на одноразове чи багаторазове використання визначеним чи невизначеним колом суб'єктів воно розраховане [250, с. 304]. Подібні міркування висловлює й О.М. Кривов'яз: «Не можливо врахувати всі нюанси регулювання тих чи інших суспільних відносин, завжди знайдеться якась прогалина, яка викличе проблему у здійсненні реалізації того чи іншого права, а правочин в такому випадку стане особливим регулятором, який створить нову норму задля врегулювання тієї чи іншої ситуації» [224, с. 71].

У юридичній літературі використовують такі поняття, як: «договір», «нормативний договір», «нормативно-правовий договір», «договір у цивільному праві», «цивільно-правовий договір». Ми дослідили наукові підходи до розуміння кожного з них у статті «Цивільно-правовий договір як джерело цивільного договірного права» [310, с 87–90].

Як зазначається у теорії цивільного права, одним із видів правочину є договір, а поняття договору, в свою чергу, має три самостійних значення: 1) договір як правочин; 2) договір як правовідношення; 3) договір як юридичний документ [224, с. 13]. Так, М.І. Брагінський та В.В. Вітрянський вважають, що договір слід розглядати не тільки як юридичний факт, але і «як форму, якої набуває відповідне правовідношення», а також як саме правовідношення [82, с. 10]. О.С. Іюффе також звертав увагу на

те, що договір може виступати в якості: 1) угоди, тобто конкретного юридичного факту; 2) самого зобов'язання, яке виникає з такої угоди; 3) документу, що фіксує факт виникнення зобов'язання [187, с. 26].

На цьому ж наголошує О.С. Яворська, яка зазначає, що в цивілістичній науці традиційним є тлумачення договору в кількох аспектах. Договір розглядається як підстава виникнення прав та обов'язків сторін, різновид юридичних фактів, правочинів – дія, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Договір є правовідношенням, що виникає з договору – правочину. Договір – документ, в якому фіксується воля сторін, погоджені ними умови [485, с. 149].

Погодимось з Р.Й. Халфіною, яка зазначала, що договір, виступаючи в ролі підстави виникнення, зміни або припинення правовідносин, визначає і зміст цих правовідносин. Протягом усього часу існування зазначених правовідносин саме договір є критерієм правомірності поведінки сторін у цих правовідносинах, взірцем, якому повинна відповідати поведінка сторін [429].

Однак, на відміну від інших юридичних фактів, він не тільки дає підстави для застосування тієї чи іншої норми права до конкретного випадку і для виникнення, зміни чи припинення конкретного правовідношення, але і безпосередньо регулює поведінку сторін, безпосередньо визначає права та обов'язки учасників цього правовідношення. Це впливає із сутності договору як домовленості сторін, як акту їх волі. Своєю угодою, своїм волевиявленням сторони, відповідно до норм об'єктивного права, набувають певних прав і обов'язків [429].

Категорія «договір» у чинних європейських та міжнародних актах також застосовується у трьох значеннях:

по-перше, як «угода»; по-друге, для того, щоб вказати на правовідносини, які є результатом договору; по-третє, щоб вказати на документ, в якому визначені умови договору [109, с. 106]. Так, З. В. Ромовська зазначає, що договір – це також мірило свободи, щоправда лише для двох [355, с. 71–72]. На думку О. І. Харитонової, Є. О. Харитонova і О. В. Старцева, договір – це угода двох або більше суб'єктів права, спрямована на встановлення, зміну, припинення, призупинення, поновлення тощо прав та обов'язків [435, с. 81].

У тлумачних словниках договір розкривається як: взаємне зобов'язання, письмова або усна угода про права та обов'язки між державами, установами, підприємствами та окремими особами [95, с. 233]; угода двох або більше сторін про встановлення, зміну чи припинення відповідних прав та обов'язків [477, с. 232, 407, с. 121, 481, с. 84].

На нашу думку, у вузькому розумінні запропоновано поняття договору в юридичному словнику, під яким розуміють міжнародну угоду, укладену між державами в письмовій формі, що регулюється міжнародним правом, незалежно від того, міститься ця угода в одному документі, в двох або декількох, пов'язаних між собою документах, а також незалежно від його назви [474, с. 221–222].

Ми схиляємось до підходу, що договір є угодою (договореністю) двох або більше сторін про встановлення, зміну чи припинення відповідних прав та обов'язків.

О. С. Красавчіков виділяв такі функції договору: регулятивна (як результат погодження волі сторін договір є одночасно актом вияву ініціативи і реалізації диспозитивності його учасників); програмно-координаційна (договір є своєрідною програмою поведінки його учасників, а також засобом координації цієї поведінки на засадах

рівності, диспозитивності та ініціативи); інформаційна функція (договір містить певну інформацію щодо прав та обов'язків сторін, яка в разі спору може бути врахована юрисдикційним органом для правильної кваліфікації взаємовідносин сторін і прийняття законного та обґрунтованого рішення з цього спору); гарантійна функція (договір є засобом встановлення для стимулювання належного виконання зобов'язань системи забезпечувальних заходів, які набувають договірної форми); захисна функція (завдяки договору вводиться в дію механізм захисту порушених прав шляхом примусу до виконання обов'язку в натурі, відшкодування збитків, застосування заходів оперативного впливу) [222, с. 16–20].

З аналізу вищезазначеного робимо висновок, що категорія «договір» є загальним поняттям, до якого входять інші поняття, зокрема «нормативний договір», «цивільно-правовий договір» тощо.

О.С. Яворська зазначає, що нормативний договір, тобто договір, який містить норми права, застосовується як джерело права головним чином у таких сферах: міжнародне публічне право, трудове право [483, с. 154–155]. Інші науковці відносять до нормативних договорів міжнародні договори та «внутрідержавні» договори, які регулюють відносини у сфері засад державного устрою [393, с. 288].

Нормативний договір як «форма права» означає його зовнішній прояв, договір-документ. Нормативний договір як «джерело права» – це його внутрішні, сутнісні характеристики, договір-угоду [312, с. 6].

Т.А. Парфьонова розглядає нормативний договір як «джерело права» і «форму права», що характеризують різні його сторони. Нормативний договір як «форма

права» – це його зовнішній прояв, те, що можна відчувати, сам документ, кінцевий результат (договір-документ). Нормативний договір як «джерело права» – це його внутрішні, сутнісні характеристики, його невід’ємна погоджувальна природа (договір-угода). Відповідно, юридичні категорії «джерело права» і «форма права» співвідносяться між собою як філософські категорії – зміст і форма, де зміст, будучи визначальною стороною цілого, представляє єдність всіх складових елементів об’єкта, його властивостей, внутрішніх процесів, зв’язків, протиріч і тенденцій, а форма є способом існування і вираження змісту [312, с. 9].

Між нормативним договором та нормативно-правовим актом є спільні та відмінні риси. Так, нормативний договір, як і нормативно-правовий акт, є письмовим документом, який містить норми права. Однак нормативний договір відрізняється від нормативно-правового акта органами та способом прийняття [388, с. 111]. Для того, щоб договір мав значення джерела права необхідна наявність трьох умов: 1) пряма санкція державних органів на прийняття норм права в формі нормативного договору; 2) нормативний договір приймається при згоді усіх осіб; 3) нормативний договір передбачає взаємну відповідальність сторін за невиконання чи неналежне виконання закріплених в ньому норм права [388, с. 111–112].

Окремо в теорії права виділяють поняття «нормативно-правовий договір». В науці є такі підходи до розуміння цього поняття: 1) це договір, що містить нові норми чинного права [287, с. 402]; 2) це письмова угода двох або декількох сторін, що має публічний характер, яка встановлює норми права [469, с. 9]; 3) це добровільна, взаємна, у більшості випадків двостороння, письмова домов-

леність, однією із сторін якої є орган влади, як суб'єкт правотворчості, яка встановлює договірні норми права, що охороняються та забезпечуються державою, та може бути підставою для виникнення, зміни та припинення певних правовідносин [385, с. 5]; 4) це домовленість двох або більше суб'єктів, що містить загальнообов'язкові юридичні норми [44, с. 78]; 5) як акт узгодження індивідуальних, вільних, рівних волевиявлень публічних суб'єктів, сформований у процесі особливої договірної правотворчості, мета якої у тому, щоб на еквівалентній основі встановити, змінити або скасувати припис, силу норми права [312, с. 7]. Окремо в літературі пропонують поняття «договори нормативного змісту» та розуміють це поняття як такі документи, в яких міститься волевиявлення сторін щодо кола прав та обов'язків [391, с. 274]; 6) спільного договірного акта-документа двох або більше сторін, що встановили нові норми права за взаємною згодою, які служать підставою для видання правових актів, здійснення інших юридичних дій [64, с. 453].

Загальними функціями нормативно-правового договору є: інформаційна або комунікативна, програмна, координаційна функція, гарантійна або стимулююча, ініціативна, організаційна функція, регулююча, захисна, орієнтаційна. Установлено, що спеціальними функціями нормативно-правового договору є: нормотворча, публічно-владна, праводоповнююча, правозастосовна, функція «публічного інтересу», соціальна функція [385, с. 14–15].

Також в теорії права виділяють поняття «договір нормативного змісту» [295, с. 167]. При цьому деякі науковці його ототожнюють з категорією «нормативний договір» і визначають як акт спільного волевиявлення двох або більше суб'єктів правотворчості, який встановлює, змінює або

припиняє норми права, укладається з метою правового регулювання відносин між цими суб'єктами [393, с. 287].

Однак, ми вважаємо, що поняття «нормативний договір», «договір нормативного змісту» і «нормативно-правовий договір» є тотожними і виражають однаковий зміст.

Л.А Чеговадзе зазначав, що джерелом цивільно-правового регулювання служать не тільки нормативно-правові, а й індивідуально-правові акти: похідні від закону угоди сторін, акти одностороннього характеру – заповіт, заява про зарахування боргу, повідомлення про розірвання договору. Названі документи містять певні норми і є джерелами права, яке творять суб'єкти, а не законодавець [456, с. 120–126]. Укладаючи договір, сторони приватно фіксують свої правові можливості стосовно тієї чи іншої життєвої ситуації [42, с. 355].

Для нашого дослідження на увагу заслуговує цивільно-правовий договір, який є різновидом нормативно-правового договору, в ньому містяться норми цивільного права [70, с. 90].

Нормативно-правовий договір має особливості порівняно із цивільно-правовим договором і в науці є різні підходи до їх визначення. Т.І. Стрибко виділяє такі:

1) нормативність змісту – встановлення договором та закріплення у ньому норм права – договірних норм;

2) однією із сторін договору завжди є суб'єкт публічно-правових відносин, тобто той, що має владні повноваження та є суб'єктом правотворчості; він є джерелом права [385, с. 9].

У підручнику з теорії права авторський колектив пропонує власний підхід до розмежування понять «нормативний договір» та «цивільно-правовий договір»:

1. Нормативні договори завжди містять норму права і укладаються з метою правового регулювання певних відносин. Договори індивідуального характеру норм права не містять, а базуються на них, тобто мають похідний характер.

2. Суб'єктами нормативного договору є особи, уповноважені здійснювати правотворчу діяльність, тобто діяльність щодо прийняття, зміни та припинення дії норми права. Суб'єктами індивідуальних договорів є будь-які особи, які наділені право- та дієздатністю в певній сфері.

3. Нормативний договір містить норми права, а індивідуальний договір встановлює порядок регулювання певних відносин сторін на основі уже існуючих норм.

4. Нормативний договір має письмову форму, що не завжди є обов'язковим для договорів ненормативного характеру [393, с. 288–289].

Таким чином, поняття «цивільно-правовий договір» та «нормативний договір» є взаємопов'язані, однак в першу чергу відрізняються за способом регулювання правовідносин. Дослідимо більш детально поняття та особливості цивільно-правового договору як джерела цивільного договірного права.

До визначення поняття цивільно-правового договору в науці цивільного права склалися різні підходи: 1) це угода двох і більше учасників цивільних відносин, спрямована на встановлення, зміну, припинення, призупинення, поновлення тощо прав та обов'язків [435, с. 81; 2) це правовий акт, який ґрунтується на цивільному праві, укладений двома або більше особами (сторонами), виражає їхню узгоджену волю, спрямований на регулювання цивільно-правових відносин сторін між со-

бою або також з іншими (третіми) особами [191, с. 184]; 3) правомірний правочин (правомірна угода) як взаємоузгоджена воля двох і більше сторін, спрямована на виникнення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків; має форму зобов'язального правовідношення; врегульовує відносини між сторонами шляхом закріплення прав і обов'язків у формі відповідних умов договору [157, с. 45–46]; 4) правочин двох чи більше осіб у визначеній законодавством формі, що спрямований на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків [299, с. 12]; 5) угода двох або кількох сторін, яка виникає на підставі цивільно-правових норм, ґрунтується на їхню узгодженому волевиявленні, вчиняється у встановленій законом формі, спрямована на досягнення спільної мети сторін – встановлення, зміну або припинення цивільних правовідносин і визначає їхній зміст [43, с. 48].

Також окремо виділяють поняття «договір в цивільному праві», яким позначають: 1) взаємну угоду, що виникає внаслідок волевиявлення двох або більше сторін [480, с. 208]; 2) угоду двох або декількох осіб про виникнення, зміну та припинення будь-яких прав та обов'язків [475, с. 171]. З огляду на це ми вважаємо, що поняття «цивільно-правовий договір» та «договір у цивільному праві» є тотожними.

Проведемо детальну характеристику цивільно-правового договору. У теорії цивільного права цивільно-правовий договір розглядають як джерело цивільного договірного права та як джерело правового регулювання цивільних відносин.

Розглядаючи цивільно-правовий договір як джерело цивільного договірного права, варто вказати на те,

що він встановлює норму права. «*Conventio facit Legem*» – договір створює право. Як зазначає Р.А. Майданик, слід враховувати те, що нормативність умов договору полягає не в деперсоніфікації адресатів, а у встановленні правил, тобто виду та міри належної поведінки, не залежно від того, на одноразове або неодноразове застосування конкретними суб'єктами їх розраховано [252, с. 332]. На підтримку цього підходу Н.С. Кузнецова зазначає, що цивільно-правовий договір буде джерелом цивільного права тоді, коли він на законних підставах регулювати відносини інакше, ніж передбачено в актах цивільного законодавства. В такому випадку договір є джерелом того правового стандарту, який буде визначати модель належної поведінки сторін [230, с. 12–18].

Виражаючи взаємну, узгоджену волю його сторін, договір не просто відтворює, копіює норми права, встановлені чи санкціоновані державою. Диспозитивні засади цивільно-правового регулювання дозволяють сторонам укласти договір, не передбачений законодавством. Сторони мають право врегулювати в договорі, який передбачено актами цивільного законодавства, свої відносини, які не врегульовано цими актами. І в цьому випадку цивільно-правовий договір не можна розглядати лише як суто індивідуальний акт [483, с. 154–155].

Цивільно-правові договори мають обов'язковий характер тільки для тих, хто їх прийняв (не випадково говорять: договір – закон для двох). Вони мають значення для регулювання конкретних відносин, що виникають між учасниками, в тому числі при вирішенні спорів. У цьому полягає принципова відмінність індивідуальних, приватних за своїм характером договорів як юридичних фактів від публічно-правових, а точніше, нормативних

договорів, з одного боку, і юридичних фактів, які не є договорами, з іншого [88, с. 188].

На думку О.О. Деміна, договір складається з угоди та інших елементів. Автор також вказує на важливу роль закону: угода сторін є виявом волі самих сторін, а інші елементи договору (суб'єктний склад, оферта, акцепт, зміст та мета) регулює закон [142, с. 19].

Договір відрізняється від інших юридичних фактів тим, що він безпосередньо регулює поведінку сторін, визначає права та обов'язки учасників правовідношення, а не лише дає підстави для застосування тієї чи іншої норми права до конкретного правовідношення [230, с. 91].

Також особливістю цивільно-правового договору як джерела цивільного договірної права є обов'язковість застосування положень договору для конкретних учасників договірних правовідносин. Як зазначає А.Г. Бірюкова, договори належать до так званих моно-норм. Вони регулюють відносини лише винятково між їхніми учасниками [70, с. 90]. Авторка зазначає, що прийняті у договорі положення стосуються лише тих його учасників (сторін), які брали в ньому участь. Відповідно, узгоджені та прийняті умови договору є обов'язковими [70, с. 91]. Сторони мають право врегулювати в договорі, який передбачено актами цивільного законодавства, свої відносини, які не врегульовано цими актами. У цьому полягає відмінність у правовому регулюванні публічних суспільних відносин, які регулює винятково держава, від правового регулювання приватних відносин, до суб'єктного складу яких входять і самі учасники правовідносин. Відповідно, учасники договору можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на свій розсуд. Але вони не можуть ігнорувати

ти і не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це [70, с. 90–91].

Договір у приватному праві за таких умов стає формою права. Його положення є обов'язковими не тільки для сторін договору, а й для судових органів при вирішенні спору між сторонами договору та для інших державних органів (податкової адміністрації, контрольно-ревізійних органів тощо) [483, с. 155].

А.В. Бухалов вважає, що індивідуальний договір є результатом індивідуальної нормотворчості, містить індивідуальні норми права, має підзаконний характер, однак не є основним джерелом права у вітчизняній правовій системі. Окрім того, визначені в індивідуальному договорі правила поведінки сторони формують самостійно [87, с. 21].

Наступною особливістю цивільно-правового договору є те, що його норми спрямовані на правове регулювання майнових відносин, які: 1) мають економічний характер, тобто грошово-товарний; 2) виникають та існують між учасниками, які наділені майновою самостійністю та юридичною рівністю; 3) забезпечують задоволення переважно матеріальних потреб та інтересів [446, с. 12].

Отже, основними ознаками цивільно-правового договору як джерела права є те, що: 1) норми права створюються за угодою сторін договору (свобода договору), крім випадків, передбачених законом; 2) він регулює відносини між сторонами договору інакше, ніж передбачено законом; 3) обов'язковість його застосування для правового регулювання договірних відносин між конкретними учасниками (сторонами та третіми особами

договору); 4) він здійснює правове регулювання майнових відносин.

Щодо регулятивної ролі договору С.М. Бервено зазначає, що вона визначається ступенем договірної урегульованості відносин сторін, порівняно зі ступенем їхньої нормативної урегульованості. Йдеться про те, що регулятивна роль договору може бути домінантною, якщо зміст договору визначено переважно його умовами, або мінімальною, якщо сторони обмежилися лише визначенням параметрів істотних умов із застереженням про врегулювання усіх інших відносин чинним законодавством України [67, с. 78].

Для характеристики цивільно-правового договору як джерела правового регулювання договірних відносин розмежуємо поняття «нормативне регулювання» та «індивідуальне регулювання». Нормативним є впорядкування поведінки людей за допомогою нормативно-правових актів, розрахованих на їх багаторазове використання за наявності передбачених ними обставин. Це означає, що обсяг суспільних відносин, на які поширюється нормативне правове регулювання, є кількісно невизначеним. Навпаки, індивідуальне регулювання – це впорядкування поведінки людей за допомогою актів застосування права, тобто індивідуальних рішень, розрахованих на одну конкретну життєву ситуацію, одне правовідношення, визначені суб'єкти. Перше покликане забезпечити єдиний порядок і стабільність регулювання, а друге – спрямоване на врахування конкретної юридичної ситуації. Деякі індивідуальні акти, що не підлягають багаторазовому застосуванню, виконуються або тривалий час (наприклад, договір управління майном), або одноразово (наприклад, договір купівлі-продажу) [73, с. 5].

Інші автори пропонують розглядати договір як різновид індивідуального регулювання, у процесі якого виробляються індивідуальні норми, з властивою їм нормативністю, але остання не абсолютна, оскільки індивідуальна норма є продовженням процесу правотворчості – у межах, окреслених законом, створюється правило поведінки, але розраховане на точно визначених суб'єктів [197, с. 123–124]. У договорі, який є основним інструментом індивідуального регулювання суспільних відносин, містяться не звичайні правові норми, а «мікро-норми», котрі розраховані на визначене коло осіб і на одноразовість застосування. «Мікро-норми», що містяться в індивідуальних правових актах, доповнюють та конкретизують окремі елементи звичайних правових норм [197, с. 123–124].

На думку А.В. Бухалова, особливістю індивідуальної норми є її самостійність формування, «знизу» самими учасниками договірного відношення. Норми, що містяться в договорах, мають ознаки, схожі як з ознаками локальних або корпоративних норм, так і класичної правової норми. Класична правова норма відображає найбільш важливі для суспільства і держави суспільні відносини, воно є моделлю регульованого суспільного відношення, виходить від держави, має обов'язковий характер. Разом з тим було встановлено законодавчі норми, що містяться в договорах, вони мають свою особливу природу і ознаки, тому такі норми отримали назву – індивідуальні норми чи індивідуальні правові приписи [87, с. 15].

До ознак індивідуальної норми можна віднести:

- а) вона здійснює регулювання суспільних відносин (індивідуальних суспільних відносин, що виникають, на-

приклад, між суб'єктами договору); б) ґрунтується на загальних правових нормах і не суперечить їм; в) поширюється на обмежене коло осіб і регулює певне коло суспільних відносин; г) формально виражена в індивідуальних договорах; д) її формують в результаті індивідуальної нормотворчості «знизу» самі учасники приватно-правових відносин [87, с.21].

У такому випадку, за твердженням Н.С. Кузнецової, вже не закон або інший акт цивільного законодавства, а сам договір є джерелом того правового стандарту, який буде визначати модель належної поведінки сторін [230, с. 12–18]. Договір є самостійним елементом механізму регулювання, розташованого між нормами права і правовідносинами. За силою регулювання договір знаходиться в одному ряду з нормами права, але його не можна зарахувати до нормативної основи галузі, тому що, по-перше, встановлені ними правила поведінки, хоча і є обов'язковими для учасників конкретних відносин, але не є загальними для всіх суб'єктів права, по-друге, механізм формування договорами прав і обов'язків інакший ніж для норм права і, по-третє, сам договір стає засобом індивідуального регулювання [159, с. 25].

О.О. Демін зазначає, що договір є способом вираження (закріплення) індивідуально-правових приписів (мікронорм), які виконують роль регулятивних договірних правил. Йдеться про те, що договір – це піднормативний юридичний акт. Мікронорми договору діють одночасно та на рівні з нормами цивільного права і визначають права та обов'язки учасників договірного зобов'язання. З огляду на це договір визнають джерелом суб'єктивних цивільних прав та обов'язків його сторін [142, с. 11]. Окрім цього, автор не відносить договір

до джерел права, а до джерел індивідуально-правового (договірної) регулювання [142, с. 19]. Ми погоджуємося з таким твердженням, оскільки для цивільно-правового договору характерні ознаки, на основі яких ми відносимо його до джерел цивільного договірної права.

За результатами цього аналізу можна зробити висновки про те, що цивільно-правовий договір потрібно розглядати насамперед як джерело цивільного договірної права.

Окремо в теорії цивільного договірної права, поряд із цивільно-правовим договором, називають типові та примірні договори [67, с. 83]. Відповідно до ст. 630 ЦК України, договір може встановити, що його окремі умови визначено відповідно до типових умов договорів певного виду, оприлюднених у встановленому порядку. Якщо у договорі не має посилання на типові умови, такі типові умови можна застосовувати як звичай ділового обороту. Наприклад, істотні умови договору підяду закріплено у Загальних умовах укладення та виконання договорів підяду в капітальному будівництві», затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 01.08.2005 р.

На підтвердження цього слід навести міркування І.Р. Калаура, який зазначає, що у правовому регулюванні відносин про передання майна у користування важливе значення мають типові договори, правочинність яких визначено у ч. 1 ст. 630 ЦК України. Відповідно до цієї норми, договором може бути встановлено, що його окремі умови визначено згідно з типовими умовами договорів певного виду, оприлюднених у встановленому порядку. Наприклад, наймодавець за договором прокату з огляду на те, що цей договір є договором приєднання, може встановлювати типові умови цього договору, які

не можуть порушувати прав наймача, встановлених законом (ч. 2 ст. 787 ЦК України) [192, с. 116–117].

С.М. Бервено вказує на те, що помітна тенденція до розширення кола типових договорів. І тут необхідно зробити певні застереження. По-перше, положення цих договорів не повинні суперечити ЦК України та іншим законам України. По-друге, затверджувані нормативними актами типові договори, що мають імперативні приписи, можуть поширюватися лише на ті договори, які є публічними, оскільки в протилежному випадку імперативні приписи будуть суперечити принципам свободи договору (ст. 3 ЦК України) [67, с. 83].

Дослідимо наукові підходи до визначення цих понять. Типовий договір – це затверджена уповноваженим органом форма договору, яка є обов'язковою для застосування, є зразком при укладенні індивідуальних договорів. Навіть якщо індивідуальний договір не буде укладено, відносини між сторонами будуть регулюватися типовою формою [396, с. 289].

Деякі науковці типовий договір визначають як своєрідний нормативно-правовий акт, який часто виконує роль правового регулювання певної сфери договірних відносин через недостатнє врегулювання їх актами вищої юридичної сили [451, с. 621]. Зокрема С.А. Верб трактує типовий договір як нормативний акт, у якому правила поведінки виражено у формі умов відповідного цивільно-правового договору [99, с. 146–147].

Головною юридичною ознакою типових договорів як нормативно-правових актів є їх обов'язковість. Типові договори можуть включати умови, які, по-перше, імперативно встановлюють права та обов'язки сторін (у тому числі відтворюючи відповідні положення закону,

на підставі якого їх прийнято), а по-друге, умови, які підлягають деталізації сторонами можуть бути визначені в договорі на їхній розсуд. Загалом у типовому договорі можуть міститися як обов'язкові, так і диспозитивні рекомендаційні положення [130, с. 44].

Органи державної влади можуть затверджувати також примірні договори, умови яких можуть не мати обов'язковості для сторін при укладанні договору. Це означає, що за своєю нормативно-правовою природою примірні договори містять примірний перелік певних умов, які мають міститися в окремих договорах цивільно-правового характеру. Наприклад, наказом Міністерства будівництва, архітектури і житлово-комунального господарства України від 27.10.2005 р. було затверджено «Примірний договір підряду у капітальному будівництві» [131, с. 44].

На думку А.Б. Гриняка, примірні договори у підрядних відносинах мають рекомендаційний характер, оскільки визначають бажану для законодавця модель поведінки сторін, а недодержання такого роду рекомендаційних норм не спричиняє настання негативних наслідків для учасників підрядних відносин. Відповідно до цього сторони підрядних договорів мають право не лише змінювати за погодженням між собою окремі умови, передбачені примірними договорами, а й взагалі відповідно до змісту ст. 6 ЦК України не враховувати передбачені умови, натомість регулювати відносини між собою на власний розсуд [131, с. 44].

У теорії права відстоюється позиція, що положення примірного договору не мають обов'язкового характеру. Це означає, що цей вид договору не є джерелом права [397, с. 289].

Примірні договори мають рекомендаційний характер та визначають бажану договірну модель. У сфері правового регулювання відносин про передання майна у користування наказом Фонду державного майна № 1774 від 23.08.2000 р. затверджено «Примірний договір про відшкодування витрат балансоутримувача на утримання орендованого нерухомого майна та надання комунальних послуг орендарю», а наказом Міністерства України у справах науки і техніки № 59 від 03.03.1998 р. – «Примірний договір фінансового лізингу» [192, с. 117].

Погоджуємося з думкою С.М. Бервени, якщо уповноважений орган, який затвердив типовий, примірний чи зразковий договори, не застеріг обов'язкового чи рекомендаційного характеру дії їхніх умов, то має діяти презумпція необов'язковості умов цих договорів для сторін, які укладають відповідний договір [67, с. 81]. Однак, як зауважує науковець, на відміну від радянського періоду, типові договори, що їх затверджують уповноважені органи, не набули значного поширення, а відтак, концепція договору як нормативного акта не має великого практичного значення [67, с. 12].

Ми можемо назвати типовий договір нормативним, тобто тим, що характеризується не індивідуальним регулюванням, а нормативним (загальним), на відмінну від цивільно-правового договору, який є актом індивідуального регулювання.

Як правильно зазначає І.В. Бекленіщева, якщо А має намір продати певну річ Б, а Б купити цю річ у А, домовленості ще немає, як немає і самого цивільно-правового договору, оскільки лише простого наміру ще недостатньо для того, щоб виникли правові наслідки. З огляду на це домовленість повинна мати певний зовнішній

прояв, який виражається у двох формах волевиявлення: пропозиції і прийнятті, які зазвичай називають офертою та акцептом [61].

Отже, визнання договору джерелом цивільного права має як теоретичне, так і практичне значення, адже якою б досконалою не була система джерел цивільного права, не можливо врахувати всі нюанси регулювання тих чи інших суспільних відносин, завжди знайдеться якась прогалина, яка викличе проблему щодо реалізації того чи іншого права, а правочин у такому випадку стане особливим регулятором, який створить нову норму за- для врегулювання те чи іншої ситуації [224, с. 71].

На користь практичного значення цього досліджен- ня можна додати те, що в умовах сучасного науково-тех- нічного прогресу та глобалізації нові права невинно розширюються, що не завжди отримує законодавчого закріплення, а тому і не забезпечується відповідним ме- ханізмом здійснення та охорони. Саме тому правочин виходить на передній план як джерело, яке може повно- цінно регулювати суспільні відносини пов'язаних з тими чи іншими правами [224, с. 71].

Висновки до розділу 3

Звичай характеризують такі ознаки: 1) це прави- ло поведінки, що регулює суспільні відносини; 2) бага- торазовість застосування; 3) тривалість застосування; 4) обов'язковий характер для застосування; 5) відсут- ність правотворчого суб'єкта; 6) застосування на певній території та (або) серед певної групи людей; 7) санкцією за недотримання звичаю є соціальний осуд; 8) невизна-

ченість моменту виникнення; 9) відображає моральні, духовні цінності.

Спільним між традицією та звичаєм є те, що вони є засобом стабілізації відносин у суспільстві (соціальна функція). Відмінність між традиціями і звичаями: 1) звичай є різновидом традицій; 2) застосування звичаю може забезпечуватись державним примусом, а дотримання традицій підтримується, як правило, думкою громадськості.

Різновидом звичаю є правовий звичай, який характеризують такі спеціальні ознаки: 1) санкціонується державою; 2) у випадку його порушення застосовують заходи державного примусу.

Звичай ділового обороту характеризують такі ознаки: 1) це правило поведінки в певній сфері підприємницької діяльності; 2) його застосовують лише за наявності договірних і нормативних прогалин, він є засобом їх усунення; 3) результат саморегулювання господарської діяльності. Різновидом звичаю ділового обороту є торговельний звичай, який застосовують для правового регулювання відносин у сфері торгівлі.

До ознак звичаю як джерела цивільного договірного права віднесено такі: 1) його застосовують у випадку досягнення згоди між сторонами; 2) регулює відносини, які виникають із договору та під час його виконання; 3) окремі звичаї встановлюють загальні норми для міжнародних комерційних угод; 4) спрямований на правове регулювання майнових відносин; 5) регулює відносини між суб'єктами, які мають юридично рівні можливості щодо набуття та здійснення цивільних прав, виникнення та виконання цивільних обов'язків, не перебувають між собою у будь-якій юридичній за-

лежності; 6) не повинен суперечити договору та імперативним нормам, якими врегульовано договірні відносини.

Правовий звичай відрізняється від інших джерел цивільного договірного права тим, що його застосовують за умов: 1) досягнення згоди між сторонами щодо його застосування; 2) він не суперечить договору та імперативним нормам, які здійснюють правове регулювання договірних відносин.

Звичай як джерело цивільного договірного права – це правило поведінки, що регулює суспільні відносини, які виникають із договору та під час його виконання, не суперечить умовам договору та вимогам законодавства, його застосовують у випадку досягнення сторонами договору згоди про це.

Міжнародний правовий звичай як джерело правового регулювання договірних відносин – це правило поведінки, що його визнають у міжнародній практиці та однаково застосовують протягом тривалого часу для регулювання договірних відносин між суб'єктами міжнародного приватного права.

Ознаки судової практики у формі прийнятого судового рішення, що набрало законної сили як джерело цивільного договірного права є те, що: 1) застосовується за наявності прогалин у правовому регулюванні відносин у цивільно-правовому договорі; 2) має зовнішнє вираження у формі судового рішення; 3) тлумачить зміст цивільно-правового договору; 4) може бути підставою для визнання цивільно-правового договору недійсним, що спричиняє недійсність іншого джерела права; 5) має обов'язковий характер для застосування сторонами цивільно-правового договору, а також третіми особами

за умови укладення договору на користь третьої особи;
б) вторинне джерело права.

Рішення ЄСПЛ є особливим різновидом судової практики, оскільки може встановлювати нову норму права, якщо передбачає обов'язкове внесення змін до національного законодавства для держав-учасників Європейської конвенції.

Цивільно-правовий договір є індивідуальним договором, що здійснює правове регулювання конкретних цивільних відносин. Він є джерелом цивільного договірного права, якому властиві такі особливості: 1) норми права створюються за угодою сторін договору (свобода договору), крім випадків, передбачених законом; 2) він регулює відносини між сторонами договору інакше, ніж передбачено законом; 3) обов'язковість його застосування для правового регулювання договірних відносин між конкретними учасниками (сторонами та третіми особами договору); 4) здійснює правове регулювання майнових відносин; 5) має перевагу над нормативно-правовим актом за умови, що йому не суперечить.

ВИСНОВКИ

У монографії проведено комплексне дослідження джерел цивільного договірної права, що дозволило визначити загальні закономірності та видові особливості джерел цивільного договірної права, а також розробити науково-теоретичні пропозиції для вирішення проблемних питань у сфері правового регулювання цивільних договірних відносин.

1. Джерела цивільного договірної права мають загальні та спеціальні ознаки. До загальних віднесено ознаки джерел цивільного права. Виокремлено такі спеціальні ознаки джерел цивільного договірної права: 1) обов'язковість застосування для конкретних учасників договірних правовідносин; 2) спрямованість на правове регулювання майнових відносин; 3) сторони договору є суб'єктами правотворчості, оскільки самостійно визначають умови договору з урахуванням обмежень, передбачених законом; 4) вплив норм природного права та норм моралі на процес правотворчості.

З урахуванням цього сформульовано поняття джерела цивільного договірної права як зовнішньої форми вираження норм цивільного права, спрямованих на правове регулювання майнових відносин, що виникають на підставі цивільно-правового договору між конкретними особами, які є суб'єктами правотворчості з визначення умов договору, крім випадків, передбачених законом, із урахуванням вимог природного права та норм моралі.

Норми природного права та норми моралі не є джерелами цивільного договірної права (позитивного права), однак тісно з ними пов'язані, що виявляється у такому: 1) за змістом норми позитивного права не повин-

ні суперечити нормам природного права та моралі, які є способом оцінки складової джерел правотворчості; у такому випадку джерела позитивного права можна визнати недійсними повністю або частково; 2) норми природного права та моралі впливають на прийняття норм позитивного права, зокрема вдосконалення процесів правотворчості; 3) норми природного права та моралі можуть мати юридичну силу у разі їх закріплення у джерелах права.

Джерела цивільного договірного права застосовують для правового регулювання договірних відносин із урахуванням «пандектної системи», тобто залежно від загальних і спеціальних джерел права, а також їхньої внутрішньої структури (загальних і спеціальних норм права). Окрім того, загальні джерела права і норми права застосовують, коли немає чи недостатньо правового регулювання конкретних договірних відносин спеціальними джерелами права і нормами права.

2. До джерел цивільного договірного права віднесено: 1) нормативно-правий акт України; 2) міжнародний нормативно-правий акт; 3) звичай; 4) судову практику; 5) цивільно-правовий договір. Правова доктрина не є джерелом цивільного договірного права, оскільки вона є не обов'язковою для застосування конкретними учасниками договірних правовідносин із причини можливої наукової не одностайності.

3. Джерела цивільного договірного права діють у просторі, часі та щодо кола осіб. Встановлено особливості дії окремих джерел цивільного договірного права. З'ясовано також, що визначити часові, територіальні та суб'єктні межі дії звичаю, як правило, не завжди можливо, що створює підґрунтя для колізій щодо їхнього застосування.

Дія нормативно-правового акта може бути територіальною і екстериторіальною. Нормативно-правові акти договірної права класифіковано за ознакою їхньої дії щодо кола осіб на акти, які поширюють дію на: 1) всіх осіб – загальної дії; 2) фізичних осіб (споживачів); 3) фізичних осіб – суб'єктів підприємницької діяльності та (або) юридичних осіб; 4) осіб, які мають спеціальний дозвіл на певний вид діяльності (ліцензію); 5) державу, органи державної влади та (або) місцевого самоврядування.

Міжнародний договір як джерело цивільного договірної права має межі дії щодо кола осіб (*ratione personae*), змісту (*ratione materiae*), території (*ratione loci*) та часу (*ratione materiae*).

Законодавство ЄС обов'язкове для застосування на території держав-членів ЄС та в окремих випадках на території третіх держав; воно є самостійним джерелом права, тому його дія не залежить від національного права.

Особливість дії цивільно-правового договору як джерела цивільного договірної права полягає у тому, що згідно з принципом свободи договору його сторони вільні у виборі осіб, умов, території та строку договору. Окрім того, потрібно застосовувати вимоги інших джерел права у випадках, коли: 1) сторони у договорі не визначили його дію; 2) нормативно-правові акти передбачають обмеження свободи договору. Дія цивільно-правового договору щодо кола осіб означає поширення його дії як на сторін договору, так і третіх осіб, передбачених договором.

4. Нормативно-правовий акт як джерело цивільного договірної права має спеціальні ознаки, зокрема: 1) є базою для інших нормативно-правових актів є ЦК

України; 2) обов'язкова дія для правового регулювання цивільних договірних відносин, крім випадків, передбачених у самому акті; 3) містить вимоги до договору щодо сторін, істотних умов, строків, форми та інші, крім випадків, передбачених у самому акті; 4) сторони договору не можуть вплинути на набуття актом чинності, а також на припинення його дії; 5) закріплюють свободу договору як засаду цивільного законодавства, крім випадків, передбачених у самому акті; 6) його застосовують як джерело права також у випадках, коли немає правового регулювання відносин у договорі.

Різновидом міжнародного нормативно-правового акта є міжнародний договір, який як джерело цивільного договірного права має такі спеціальні ознаки: 1) його застосовують лише до відносин із комерційних договорів (контрактів); 2) він регулює відносини між сторонами, комерційні підприємства яких знаходяться на території різних держав; 3) його застосовують для правового регулювання відносин між особами, які пов'язані з державами-учасниками міжнародного договору; 4) він має диспозитивний характер застосування, оскільки сторони мають право встановити у цивільно-правовому договорі правило про не застосування міжнародного договору для правового регулювання відносин.

Джерелом цивільного договірного права є право ЄС, яке є важливим складником системи європейського права. Система права ЄС складається з актів первинного та вторинного права. Акти первинного права ЄС мають найвищу юридичну силу серед джерел європейського права, адже всі інші похідні норми європейського права не повинні суперечити їм. Акти вторинного права ЄС бувають двох видів: 1) акти, які мають обов'язкову силу

(постанови, директиви, рішення); 2) акти, які не мають обов'язкової сили (рекомендації та висновки).

Окрему категорію джерел права ЄС становлять прецедентне право, загальні принципи права та принципи права. Важливим джерелом цивільного договірного права є прецедентна практика Суду ЄС, зокрема щодо регулювання комерційних відносин держав-членів ЄС з третіми державами.

Особливість правового регулювання договірних відносин у межах права ЄС полягає у тому, що таке регулювання здійснюється у через напрацювання необов'язкових приватних кодифікацій загальних правових принципів і типових законів («м'яке право»). Їхнє застосування має диспозитивний характер і є моделлю, яка допомагає матеріально-правовій й термінологічній розбіжності правового регулювання договірних відносин у різних правопорядках держав-членів ЄС та третіх держав.

Звичай як джерело цивільного договірного права має такі ознаки: 1) його застосовують у випадку досягнення згоди між сторонами щодо його застосування; 2) він регулює відносини, які виникають із договору та в процесі його виконання; окремі звичаї спрямовані на правове регулювання відносин із конкретних договорів; 3) окремі звичаї встановлюють загальні норми для міжнародних комерційних угод; 4) він спрямований на правове регулювання майнових відносин; 5) регулює відносини між суб'єктами, які наділені юридично рівними можливостями щодо набуття та здійснення цивільних прав, виникнення і виконання цивільних обов'язків, та не перебувають між собою у будь-якій юридичній залежності; 6) він не повинен суперечити договору та імперативним нормам, якими врегульовано договірні відносини.

Звичай як джерело цивільного договірної права – це правило поведінки, що регулює суспільні відносини, які виникають із договору та під час його виконання, не суперечить умовам договору та вимогам законодавства, його застосовують у випадку досягнення сторонами договору про це згоди.

Звичай є первинним джерелом міжнародного приватного та публічного права. Міжнародний правовий звичай слід вирізняти поміж інших правових звичаїв з огляду на те, що його характеризують такі ознаки: 1) він є джерелом права для держав, які визнали його юридичну силу; 2) включає міжнародну практику (прецедент) та правову практику; 3) його застосовують за наявності прогалин у праві та законі; 4) його застосовують для правового регулювання договірних відносин між суб'єктами міжнародного приватного права; 5) його можуть застосовувати для тлумачення міжнародних уніфікованих правових документів, зокрема комерційних термінів; 6) він є моделлю для національного та міжнародного законодавства для регулювання договірних відносин.

Судова практика у формі прийнятого судового рішення, що набрало законної сили, як джерело цивільного договірної права має такі ознаки: 1) застосовується за наявності прогалин у правовому регулюванні відносин у цивільно-правовому договорі; 2) має зовнішнє вираження у формі судового рішення; 3) тлумачить зміст цивільно-правового договору; 4) може бути підставою для визнання цивільно-правового договору недійсним, що спричиняє недійсність іншого джерела права; 5) має обов'язковий характер для застосування сторонами цивільно-правового договору, а також третіми особами за

умови укладення договору на користь третьої особи; 6) є вторинним джерелом права.

Рішення ЄСПЛ як джерело цивільного договір-ного права наділено такими ознаками: 1) є вторинним джерелом права; 2) здійснює тлумачення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод; 3) може встановлювати нову норму права, якщо містить обов'язок внесення змін до національного законодавства для держав-учасників Європейської конвенції; 4) рішення є остаточним; 5) судовий прецедент.

Цивільно-правовий договір є індивідуальним договором, що здійснює правове регулювання конкретних цивільних відносин. Він є джерелом цивільного договір-ного права, якому властиві такі особливості: 1) норми права створюються за угодою сторін договору (свобода договору), крім випадків передбачених законом; 2) він регулює відносини між сторонами договору інакше, ніж передбачено законом; 3) обов'язковість його застосування для правового регулювання договірних відносин між конкретними учасниками (сторонами та третіми особами договору); 4) здійснює правове регулювання майнових відносин; 5) має перевагу над нормативно-правовим актом за умови, що йому не суперечить.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Andenas M. and Usher J. The Treaty of Nice and Beyond. *Enlargement and Constitutional Reform*. Oxford, 2003. 448 p.
2. Annotated Civil Code of Quebec. URL :<http://ccq.lexum.org/ccq/home.do?lang=en>
3. Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the U. N. Headquarters Agreement of 26 June 1947. ICJ Reports. 1988. P. 34.
4. Basic Law for the Federal Republic of Germany <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>
5. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>.
6. Carter B. E., Trimble P. R. International Law. Little, Brown and Company. Boston, 1991. 1444 p.
7. Case 155/79 «Australian Mining & Smelling Europe Ltd v Commission». European Court Reports. 1982. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61979CJ0155>
8. Cassese A. International Law. 2nd ed. Oxford : Oxford University Press, 2005. 558 p.
9. Code civil Version consolidée au 18 février 2015. URL : <http://www.legifrance.gouv.fr>.
10. Code civil. Version consolidée au 1 septembre 2013. URL : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEG1TEXT000006070721>.
11. Constantinesco L. J. L'applicabilité directe dans le droit de la C.E.E. P., 1970. 138 p.
12. Convention on Temporary Admission signed in Istanbul on 26 June 1990. URL: <http://www.wcoomd.org/files/1.%20Public%20files/PDFandDocuments/Proce->

- dures%20and%20Facilitation/Istanbul_legal_text_Eng.pdf
13. Cour de Cassation, July 13, 1811, Dalloz, Juris. Gen., Rept., 1853, t. 30, s. v. Lois, No. 91.
 14. Customs Convention on the «ATA Carnet» for the Temporary Admission of Goods. Brussels, 6 December 196. URL: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6efbc246-6f93-490f-965c-e149d707efc1/language-en>
 15. Dankers C. Private standards in the United States and European Union markets for fruit and vegetables: implications for developing countries. Rome: Food & Agriculture Org., 2007. 150 p.
 16. European Parliament Resolution on the Harmonization of Certain Sectors of the Private Law of the Member States, O. J. EC 1994 C. 205/518. URL: <http://www.jus.uio.no/lm/eu.principles.lando.commission/plain.txt>
 17. Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code (Part Five: The Code of Obligations) of 30 March 1911 (Status as of 1 January 2013). URL: <http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/220.en.pdf>.
 18. Goncharenko O. Vydysamoreguljuvannja gospodars'koi' dijal'nosti. *Pidpryjemnyctvo, gospodarstvo i pravo*. 2016. № 11. S. 68–72.
 19. Haltern U. Was bedeutet Souveränität. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. 136 s.
 20. Kleinheisterkamp J. Legal Certainty in the MERCOSUR: The Uniform Interpretation of Community Law. *NAFTA: Law and Business Review of the Americas*. 2000. Volume 6. P. 5–34.
 21. Kostoska O. Revealed Comparative Advantage and Competitiveness of the Macedonian Economy. Proc. of

- the International Conference «The Economy and Business in Post-Recession», Prilep, Macedonia, 2010. No. 2. P. 54–76.
22. Lasok D. Law and Institutions of the European Union. 6-th ed. London; Dublin; Edinburgh : Butterworths, 1994. 688 p.
 23. Malcolm N. Show. International law. Sixth edition. Cambridge University Press, 2008. 1542 p.
 24. Marti Koskeniemi. From Apology to Utopia. The structure of International Legal Argument. *Cambridge University Press*, 2005. 683 p.
 25. Pattinson, Shaun D (2015-03-01). The Human Rights Act and the doctrine of precedent. *Legal Studies (en)* 35 (1): 142–164.
 26. Pearson Ed. Law for European Business Studies. L., 1994, P. 23–25.
 27. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). Sellier. European Law Publishers, Outline Edition, 2009. 644 p.
 28. Resolution of 26 May 1989 on action to bring into line the private law of the Member States. 1989. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX-%3A51989IP0157>
 29. Resolution of 6 May 1994 Concerning the codification of private law and the Commission on european contract law. 1994. URL: https://www.jus.uio.no/lm/en/html/eu.principles.lando.commission/_4.html
 30. Shaw J. Law of the European Union. 3rd ed. Basingstoke Palgrave, 2000. 591 p.
 31. Shaw M. International Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. 1288 p.

32. St. Paul, Minn. Black's Law Dictionary. West Publishing Co., 1990. 1657 p.
33. Swiss Civil Code of 10 December 1907 (Status as of 1 July 2013). URL: <http://www.admin.ch/e/rs/2/210.en.pdf>.
34. The Constitution of the United States: A Transcription URL:<https://www.archives.gov/founding-docs/constitution-transcript>
35. Treaty establishing the European Atomic Energy Community (EURATOM) and connected documents. Luxembourg: Publishing Services of the European Communities. URL: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6efbc246-6f93-490f-965c-e149d707efc1/language-en>
36. Triepel H. Les rapports entre le droit interne et le droit international. Recueil des cours Academie de Droit International, 1923. C. 77–121.
37. Triepel H. Völkerrecht und Landesrecht. Leipzig, 1899. 452 s.
38. United Nations. Yearbook of the international Law Commission. 1970. Vol. I. 372 p.
39. Weatherill S. Cases and Materials on EU Law. 7th ed. Oxford : University Press, 2006. 728 p.
40. Yearbook of international Law Commission. 1950. Vol. 2. P. 26. URL: <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbook/1950.htm>
41. Абдулаев М. И. Теория государства и права: учебник. М. : Финансовый контроль, 2004. 410 с.
42. Авраменко С. М., Мирославський С. В. Поняття цивільно-правового договору як регулятору договірних відносин. *Молодий вчений*. № 6 (58). 2018. С. 354–356.

43. Алексашина Ю. Б. Поняття цивільно-правового договору в сучасному цивільному праві. *Вісник Верховного суду України*. № 11. (147). 2012. С. 43–48.
44. Алексеев С. С. Право. Азбука. Теория. Философия. Опыт комплексного исследования. Москва : Статут, 1999. 712 с.
45. Алексеев С. С. Проблемы теории права. собр. соч. в 10 т. М. : Статут, 2010. Т. 3. 781 с.
46. Алексеєнко І. Г. Особливості та істотні умови принципів європейського договірної права. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2015. № 6. С. 120–125.
47. Алимжан К. А. Обычное право как форма права. *Научные труды Казахского государственного юридического университета*. Выпуск 1. Алматы, 1999. С. 11–14.
48. Амстердамский договор, изменяющий договоры Европейском Союзе, договоры, учреждающие Европейские сообщества, и некоторые относящиеся к ним акты. М. : Интердиалект, 1991. 191 с.
49. Анакіна Т. М. Судовий прецедент у праві Європейського Союзу: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11. Харків, 2009. 231 с.
50. Англійсько-французько-німецько-український словник термінології Європейського Союзу. К. : «K.I.C.», 2007. 226 с. URL: [http:// eeas.europa.eu/delegations/ukraine/documents/ virtual_library/44_dictionary_eu_uk.pdf](http://eeas.europa.eu/delegations/ukraine/documents/virtual_library/44_dictionary_eu_uk.pdf)
51. Андрійчук О. Онтологія європейського права. *Юридичний журнал*. 2007. № 1. С. 16–20.
52. Андрусів Л. Теоретико-правові засади системи нормативно-правових актів. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 4. С. 128–131.

53. Аракелян М. Р., Василенко М. Д. Право Европейского Союза : підручник. О. : Фенікс, 2012. 390 с.
54. Асриян Б. А. Международный труд: основные-понятия. Международное публичное и частное право. 2004. № 1. С. 42–46.
55. Астапенко В. А. Эволюция Европейского Союза: Амстердамский договор 1999 года: автореф. дисс... канд. юрид. наук : 12. 00. 10. М., 2000. 26 с.
56. Афанасьев Ю. А. Источники таможенного права Европейского Союза. Финанс. право зарубежных стран. Исследования, рефераты, законодательные акты / Под ред. А. Н. Козырина, А. А. Ялбулганова, Ю. А. Афанасьева. М. : Готика, 2005. 444 с.
57. Ахметова Г. З. Договорное право в системе гражданско-правовой отрасли. *Вестник экономики, права и социологии*. 2014. № 1. С. 62–68.
58. Бабурин С. Н. Территория государства: правовые и геополитические проблемы. М. : Издательство Московского университета, 1997. 480 с.
59. Балданов Б. Б. Система источников современного российского права (теоретико-правовой аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Санкт-Петербург, 2010. 19 с.
60. Бар К., Клив Э., Варул П. Предисловие к российскому изданию. Модельные правила европейского частного права. пер. с англ. / Науч. ред. Н. Ю. Рассказова. М. : Статут, 2013. 989 с.
61. Бекленищева И. В. Неклассический подход к понятию гражданско-правового договора: концепция договора как обещания. Цивилистические записки: Межвуз. сб. науч. тр. М. : Екатеринбург, 2004. Вып. 3: К 80-летию С. С. Алексеева. С. 364–389.

62. Белоус И. В. Источники российского семейного права : дис. ... канд. юрид. наук : 12. 00.03. Ростов н/Д, 2004. 195 с.
63. Белоусов С. А Дисбаланс в системе источников Российского права: актуальные проблемы и пути устранения. *Известия высших учебных заведений. Поволжский регион*. С. 20–27. URL: <https://cyberleninka.ru/article/v/disbalans-v-sisteme-istochnikov-rossiyskogo-prava-aktualnye-problemy-i-puti-ustraneniya>
64. Бельо Л. Ю. Договір: деякі аспекти поняття. *Актуальні проблеми держави і права*. Вип. 63. 2012. С. 453–459.
65. Беяневич О. А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти) : монографія. К. : Юрінком Інтер, 2006. 592 с.
66. Бенч Н. Правові особливості застосування Європейського ордеру на арешт. *Журнал європейського і порівняльного права*. Вип. 4. 2016. С. 39–52.
67. Бервено С. М. Проблеми договірної права України : монографія. К. : Юрінком Інтер, 2006. 392 с.
68. Белкін Л. М. Проблеми ієрархії нормативно-правових актів в контексті забезпечення законності в сфері державного управління в Україні. *Університетські наукові записки*. 2011. № 39. С. 398–405.
69. Бірюкова А. Г. Деякі питання щодо джерел цивільного права. *Актуальні проблеми приватного права* : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 93-й річниці з дня народж. В. П. Маслова (м. Харків, 27 лют. 2015 р.). Харків, 2015. С. 81–83.
70. Бірюкова А. Г. Особливості договору як джерела цивільного права України. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Сер. : Юриспруденція. № 33. 2018. С. 90–92.

71. Бірюкова А. Г. Правова природа звичаю ділового обороту як джерела цивільного права. *Порівняльно-аналітичне право: електрон, наук, фахове вид.* 2018. № 3. С. 102–104.
72. Блажівська Н.Є Теоретико-методологічні та прикладні засади застосування практики ЄСПЛ при захисті майнових прав : автореф. дис ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Тернопіль, 2020. 36 с.
73. Блащук Т. В. Джерела правового регулювання договірних відносин: теоретико-правовий аспект. *Часопис Національного університету «Острозька академія»*. Серія «Право». 2013. №1 (7). URL : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2013/n1/13btvtpa.pdf>.
74. Блюнчли И. Современное международное право цивилизованных государств, изложенное в виде кодекса: монография; пер. со 2-го нем. изд. В. Ульяницкогои А. Лодыженского; под ред. гр. Л. Кама-ровского. М. : Тип. К. Индриха, 1876. 561 с.
75. Богачова Л. Л. Джерела європейського та національного права. Державне будівництво та місцеве самоврядування : зб. наук. пр. Нац. акад. прав. наук України, НДІ держ. буд. та місц. самоврядування. Х. : Право, 2012. Вип. 24. С. 17–26.
76. Болгова О. С. Основные источники права. *История. Социология. Право*. С. 48–50. URL : https://lib.herzen.spb.ru/media/magazines/contents/1/92/bolgova_92_48_50.pdf
77. Большой юридический словарь / под ред. А. Я. Сухарева, В. Д. Зорькина, В. Е. Крутских. М. : ИНФА-М, 1997. 790 с.
78. Большой юридический словарь / под. ред. А. Я. Сухарева. М., 2003. 858 с.

79. Борщевський І. В. Правовий звичай як джерело сучасного права в Україні. Прикарпатський юридичний вісник. 2016. Вип. 5. С. 3–6.
80. Борщевський І. В. Судова практика як джерело права в Україні. Наука і правоохорона. 2014. № 2. С. 71–77.
81. Брагинский М. И. Договорное право : общие положения. М. : «Статут», 1997. 682 с.
82. Брагинский М. И. Договорное право. Книга первая. Общие положения. М. : Статут, 2000. 800 с.
83. Броунли Я. Международное право: В 2-х кн. Кн. 2 / Пер. с англ. к. ю. н. С. Н. Андрианова; Под. ред. чл.-кор. АН СССР Г. И. Тункина. М. : Прогресс, 1977. 510 с.
84. Буткевич В. Г. Декрет Граціана: кодифікація, що поєднала дві формації і чотири системи права. Український часопис міжнародного права. 2001. № 1. С. 3–11.
85. Буткевич В. Г., Мицик В. В., Задорожній О. В. Міжнародне право. Основи теорії : підруч. К. : Либідь, 2002. 608 с.
86. Буткевич О. В. У истоков международного права. СПб. : Юрид. центр Пресс, 2008. 88 с.
87. Бухалов А. В. Договор как источник частного права. автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Санкт-Петербург, 2011. 24 с.
88. Бухалов А. В. Договор как нетипичный источник частного права (к постановке проблемы). Ленинградский юридический журнал. 2007. № 2. С. 182–190. URL : <https://cyberleninka.ru/article/n/dogovor-kak-netipichnyy-istochnik-chastnogo-prava-k-postanovke-problemy>

89. Васильев С. В. Поняття та складові системи джерел цивільного процесуального права України. Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. Серія «Право». 2013. Випуск 14. С. 192–196.
90. Ватрас В. А. Джерела сімейного права: проблеми теорії та практики : монографія. Хмельницький: видавництво ТОВ «Поліграфіст-3», 2020. 824 с.
91. Ваттель Э. Право народов или Принципы естественного права, применяемые к поведению и делам наций и суверенов. М. : Гос. изд-во юрид. лит., 1960. 720 с.
92. Введение в право Европейского Союза / Под ред. д.ю.н., проф. С. Ю. Кашкина. М. : Изд-во ЭКсмо, 2005. 368 с.
93. Великий енциклопедичний юридичний словник / За ред. Ю. С. Шемчушенка. К. : Юридична думка, 2007. 992 с.
94. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і головн. ред. В. Т. Бусел. К. : Ірпінь : Перун, 2001. 1440 с.
95. Великий тлумачний словник сучасної Української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. К. , Ірпінь : ВТФ «Перун», 2004. 1440 с.
96. Великий тлумачний словник сучасної української мови : 250 000 слів / уклад. О. Єрошенко. Донецьк : Глорія Трейд, 2012. 864 с.
97. Великий тлумачний словник сучасної української мови : 250000 / уклад. та голов. ред. В. Т. Бусел. Київ; Ірпінь: Перун, 2005. 1728 с.
98. Венгеров А. Б. Теория государства и права: учебник для юридических вузов. М. : Новый Юрист, 1998. 624 с.
99. Верб С. А. Типовые и примерные договоры, как средство правового регулирования общественных

- отношений. Договорная дисциплина в советском гражданском праве. Свердловск, 1985. С. 144–152.
100. Вильнянский С. И. Значение судебной практики в гражданском праве. Уч. Труды ВИЮН. М. : Юрид. изд-во МЮ СССР, 1947. Вып. XI. С. 239–252.
101. Виноградов А. А. Эволюция договорного права Европейского Союза: от директив к «общей справочной схеме». Право и управление. XXI век. 2010. № 4. С. 120–129.
102. Вишновецька С. Іваницька Т. Судова практика та її роль у розвитку трудового законодавства України. Підприємництво, господарство і право. 2018. № 7. С. 87–91.
103. Віденська конвенція про право договорів між державами і міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями від 21.03.1986 р. URL: zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_a04.
104. Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23.05.1969 р. Міжнародне співробітництво України у правовій сфері: Зб. Міжнародних документів / упоряд. В. Дріжчаний, О. Павличко, О. Ушанський. Харків : Фоліо, 1998. 455 с.
105. Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23.05.1969 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_118
106. Вопленко Н. Н. Источники и формы права : учеб. пособие. Волгоград : Изд-во ВолГУ, 2004. 102 с.
107. Галамай О. З. Природно-правовий аналіз права та звичаю. Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія: Юридичні науки : збірник наукових праць. 2016. № 850. С. 138–144.
108. Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права. Т. 1. Санкт-Петербург : тип. М. М. Стасюлевича, 1911. 793 с.

109. Гармонизация договорного права / Белоусов Ю. В., Бек Ю. Б., Дыминская О. Ю. и др. под ред. У. Хелльманна, С. Балашенко, Ю. В. Белоусова. Хмельницький : Хмельницький університет управління и права, 2015. 268 с.
110. Гвоздик П. О. Міжнародні договори у системі джерел екологічного права України. Міжнародне право навколишнього середовища: стан та перспективи розвитку : матер. Міжнар. наук.-практ. конф. Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Міжнародний центр космічного права. Київ: Обрії, 2010. 213 с.
111. Гейнц Р. М. Правове регулювання змішаного і не-пойменованого договорів: спільні та відмінні риси. Науковий вісник Ужгородського національного університету : Серія: Право. Голов. ред. Ю. М. Би-сага. Ужгород : Видавничий дім «Гельветика», 2012. Вип. 19. Т. 2. С. 35–38.
112. Гойман В. И. Действие права (методологический анализ) : автореф. дис. ... докт. юрид. наук. : 12.00.01. М., 1992. 40 с.
113. Головченко В. В., Ковальський В. С. Юридична тер-мінологія. Довідник. К. : Юрінком Інтер, 1998. 219 с.
114. Голубева Н. Ю. Зобов'язання у цивільному праві України : етодологічні засади правового регулюван-ня : монографія. О. : Фенікс, 2013. 642 с.
115. Гончаренко О. Звичай ділового обороту: засіб са-морегулювання господарської діяльності. Зовніш-ня торгівля: економіка, фінанси, право. 2017. № 5. С. 47–55.
116. Горшенев В. М. Способы и организационные фор-мы правового регулирования в социалистическом обществе. М. : Юрид. лит., 1972. 258 с.

117. Господарський кодекс України від 16.01.2003. № 436.-ІУ. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 18. Ст. 144.
118. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991. № 1798-ХІІ. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 6. Ст. 56.
119. Гражданский кодекс Республики Казахстан от 27 декабря 1994 г. (Общая часть). URL: [http:// online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061).
120. Гражданский кодекс Республики Молдова от 6 июня 2002 г. URL: <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=2&id=32505>.
121. Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник / отв. ред. Е. В. Васильев, А. С. Комаров. 4-е изд. В 2-х т. Т. I М. : Международные отношения, 2004. 560 с.
122. Гражданское право : в 3 т. Том 1: 6-е изд., перераб. и доп. / под ред. Сергеева А. П., Толстого Ю. К. М. : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. 776 с.
123. Гражданское право : учебник : В 2-х т. / отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд., перераб. и дополн. М. : БЕК, 2000. Т. II. Полутом 1. 704 с. URL: <http://www.bibliotekar.ru/grazhdanskoe-pravo-3/17.htm>
124. Гражданское право России. Общая часть: курс лекций / отв. ред. О.Н.Садиков. М. : Юристъ. 2001. 776 с.
125. Гражданское право Украины: Учебник для вузов системы МВД Украины: В 2-х частях. Часть I / А. А. Пушкин, В. М. Самойленко, Р. Б. Шишка и др.; под ред. проф. А. А. Пушкина, доц. В. М. Самойленко. Х. : Ун-т внутр. дел; «Основа», 1996. 440 с.
126. Гражданское право. Общая часть : учебник : в 4 т. / под ред. Е. А. Суханова. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Волтерс Клувер, 2008. Т. 1. 720 с.

127. Гражданское право. Часть первая : учебник / под. ред. А. Г.Калпина, А. И. Масляева. 2–е изд, перераб. и доп. М. : Юристь, 2003. 536 с.
128. Гражданское право: В 2 т. Том 1: учебник / отв. ред. Е. А. Суханов. 2–е изд., перераб. и доп. М. : Волтерс Клувер, 2004. 816 с.
129. Грамацький Е. С. Напрями уніфікації та гармонізації міжнародного приватного права в контексті євро інтеграційних процесів. Підприємництво, господарство та право. 2010. № 10. С. 107–109.
130. Гриняк А. Б., Проценко В. В. Звичай як джерело правового регулювання договірних відносин. Приватне право і підприємництво. 2015. Вип. 14. С. 98–102.
131. Гриняк А. Типові та примірні договори як джерела правового регулювання підрядних договірних відносин. Юридична Україна. № 7. 2012. С. 43–46.
132. Грінченко О. О. Є С як особливий суб'єкт міжнародного права. Європейське право та порівняльне правознавство: зб. статей / За ред. Ю. С. Шемшученка, І. С. Гриценка, О. В. Кресіна; упор. О. В. Кресін, О. Д. Рожко. Київ Шамборі : Логос, 2010. 588 с.
133. Гроций Г. О праве войны и мира: репринт с изд. 1956 г. М. : Ладомир, 1994. 868 с.
134. Гузь Є. В. Майнові відносини та їх характерні ознаки. Бюлетень Міністерства юстиції України. 2013. № 12. С. 112–118.
135. Гульченко Л. В. Чинність як передумова дії закону. Правова держава: Щорічник наукових праць. Вип. 18. К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2007. С. 512–519.
136. Давид Р. Основные правовые системы современности / Перевод с французского доктора юридических

- наук професора В. А. Туманова. Москва : Прогресс, 1988. 301 с.
137. Давид Р. Основные правовые системы современности. М. : Междунар. отношения, 1997. 400 с.
138. Данелия Г. Р. Особенности правового регулирования сотрудничества государств-членов в области общей внешней политики и политики безопасности : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.10. Казань, 2006. 19 с.
139. Даньшина Н. А. Связь гражданского права и договорного права. Ученые записки Орловского государственного университета. № 2 (65). 2015. С. 208–210.
140. Дашковська О. Р. Судовий прецедент і судова практика як джерела права. Вісник Акад. прав. наук України. 2011. № 1. С. 34–41.
141. Декларація про державний суверенітет України від 16 липня 1990 року. № 55-XII. Відомості Верховної Ради України від 31.07. 1990 р. № 31. Ст. 429.
142. Демин А. А. Договор и договорное регулирование в гражданском праве Российской Федерации: автореф. дисс. ... к.ю.н. 12.00.03. Нижний Новгород. 2014. 32 с.
143. Деревнін В. С. Pacta sunt servanda в сучасному договірному праві України. Актуальні проблеми держави і права. URL: <http://www.apdp.in.ua/v43/26.pdf>
144. Джуринський О. В. Нетрадиційні джерела господарського права України. Право і громадянське суспільство. 2015. № 2. С. 40–56.
145. Димінська О. Ю. Вплив процесів уніфікації договірного права ЄС на розвиток договірного права України: збірник наукових праць / за заг. ред. Ю. В. Білоу-

- сова; НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г.Бурчака НАПрН України, Хмельницький університет управління та права. Хмельницький : ФОП Мельник А. А., 2015. С. 47–52.
146. Димінська О. Ю. Перспективи уніфікаційного вектору європеїзації договірного права. Міжнародний конгрес європейського права: збірн. наук. праць. Одеса : Фенікс, 2017. С. 31–34.
147. Директива Ради N 86/653/ЄЕС «Щодо зближення законодавств держав-членів ЄС відносно незалежних комерційних агентів». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_949/card6#Public
148. Діковська І. А. До питання про звичай як джерело права. Збірник тез доповідей VII Міжнародної наукової конференції «Українська культура в історичному розвитку та державотворенні», присвяченої 170-річчю від дня народження Павла Чубинського. К. : Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет». С. 70–71.
149. Дія права: інтегративний аспект : монографія / кол. авторів; відп. ред. Н. М. Оніщенко. К. : Вид-во «Юридична думка», 2010. 360 с.
150. Дмитриева Г. К. Международное частное право. Учебник. 3-е издание. М. : Проспект, 2013. 656 с.
151. Дмитрієв А. І., Муравйов В. І. Міжнародне публічне право: навч. посібн. К.: Юрінком Інтер, 2001. 640 с.
152. Дністрянський М. С. Етнополітична географія України: проблеми теорії, методології, практики : монографія. Львів : Літопис; Вид. центр ЛНУ імені Івана Франка, 2006. 479 с.
153. Довгерт А. С. Джерела цивільного права України: види та співвідношення. Приватне право і підпри-

- емництво. 2015. Вип. 14. С. 12–17. URL : http://nbuv.gov.ua/UJRN/Ppip_2015_14_5
154. Довжук О. В. Правове регулювання міжнародних приватних трудових відносин на сучасному етапі (матеріально-правовий аспект) : дис. ... канд. юрид. наук. : 12.00.03. К., 2006. 183 с.
 155. Договір про Європейський Союз. Конституційні акти Європейського Союзу. Ч. 1 / Упор. Г. Друзенко; за заг. ред. Т. Качки. К. : Юстиніан, 2005. 512 с.
 156. Договір про заснування Європейського об'єднання вугілля та сталі від 18.04.1951. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_026#Text
 157. Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін.; за ред. О. В. Дзери. К. : Юрінком Інтер, 2008. 896 с.
 158. Доліненко Л. О. Цивільне право України: навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. К. : МАУП, 2005. 384 с.
 159. Дришлюк А. Место договора в системе источников гражданского права Украины. *Lege si viata*. Iulie. 2014. С. 23–26.
 160. Дрішлюк А. І. Вплив судової практики Верховного суду України на систему джерел цивільного та цивільно-процесуального права України. Наукові праці НУ ОЮА. Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». 2012. Т. 12. С. 245–256. URL : http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nponyua_2012_12_26
 161. Дрішлюк А. І. Норми моралі в системі джерел цивільного права України. Приватне право та підприємництво. Вип. 13. 2014. С. 35–38.
 162. Дрішлюк А. І. Про визначення місця судового прецеденту в системі джерел цивільного права України. Уні-

- верситетські наукові записки: Часопис Хмельницького ун-ту управління та права. 2005. № 3. С. 72–75.
163. Дрішлюк А. І. Щодо актуальності дослідження системи джерел цивільного права України (огляд літератури та постановка проблеми). Актуальні проблеми держави і права. 2012. Вип. 65. С. 361–367. URL : http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp_2012_65_49
164. Дробязко С. Г. Общая теория права: учеб. пособие для вузов. 2–е изд. исправл. и доп. Минск : Амалфея. 2007. 480 с.
165. Дудоров О. О., Хавронюк М. І. Кримінальне право: навчальний посібник / за заг. ред. М. І. Хавронюка. К. : Ваіте, 2014. 944 с.
166. Дудченко В. В. Цивільне право України (традиції і новації) / за заг. ред. Є. О. Харитонов, Т. С. Ківалової, О. І. Харитонової. Одеса : Фенікс, 2010. 700 с.
167. Европейское международное право / Отв. ред. Ю. М. Колосов, Э. С. Кривчикова, П. В. Саваськов. М. : Междунар. отношения, 2009. 408 с.
168. Европейское право. Ученик для вузов / Под общ. ред. д. ю. н., проф. Л. М. Ентина. М. : Издательство НОРМА, 2001. 720 с.
169. Единый Европейский акт. Договор о Европейском Союзе. М. : Право, 1994. 247 с.
170. Ентін М. Л., Баймуратов М. О., Делінський О. А. Правові основи зовнішньої політики і політики у сфері оборони та безпеки Є С : навч. посіб. К.: ІМВ КНУ ім. Тараса Шевченка, 2004. 220 с.
171. Енциклопедія українознавства: в 3 т. / головний редактор. В. Кубійович. К. : Інститут української археографії та джерелознавства ім. М. С. Грушевського, 1995. Т. 2. 431 с.

172. Європейський Союз. Словник-довідник / Ред. М. Марченко. Вид. третє, оновлене. К. : «К.І.С.». 2006. 140 с.
173. Желдыбина Т. А. Судебный прецедент: современный взгляд. Теория права. № 3. 2015. С. 53–56. URL: <https://cyberleninka.ru/article/v/sudebnyy-pretседent-sovremennyy-vzglyad>
174. Житловий кодекс України від 30. 06. 1983. № 5464-Х. Відомості Верховної Ради УРСР. 1983. № 28, Ст. 573.
175. Жовтобрюх М. М. Звичаєве прав: сутність, генеза, чинність: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.12. Київ, 2002. 206 с.
176. Жовтобрюх М. М. Звичаєве право: сутність, генеза, чинність: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: 12.00.12. Київ, 2002. 19 с.
177. Завгородній В. А. Правова природа рішень Європейського суду з прав людини. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. № 15. 2015. С. 19–22.
178. Загайнова С. К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения. М. : Издательство НОРМА, 2002. 176 с.
179. Загальна теорія держави і права: підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; за ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України О. В. Петришина. Харків : Право, 2009. 584 с.
180. Загальна теорія держави та права: підручник / за ред. академіка М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. Харків: Право, 2002. 432 с.
181. Зайцев О. В. Закон как источник гражданского права Российской Федерации : дисс. ... канд. юрид. наук. 12.00.03. М., 2003. 224 с.

182. Зверев Є. О. Тлумачення міжнародних договорів національними судами: європейський досвід та українська практика : дисертація канд. юрид. наук: 12.00.01. К. 2015. 227 с.
183. Зинков Е. Г. Термин «пространство» в теории права. Общество и право. 2011. № 4(36). С. 14–19.
184. Зумбулидзе Р. М. Обычное право как источник гражданского права. Обычай в праве: Сборник. СПб. Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. С. 8–196.
185. Зыкин И. С. Договор во внешнеэкономической деятельности : монография. М. : Междунар. отношения, 1990. 224 с.
186. Игнатов А. Н. О действии закона во времени и пространстве. Общество и право. 2008. № 1(19). С 124–126.
187. Иоффе О. Обязательственное право : монография. М. : Юрид. лит-ра, 1975. 880 с.
188. Іваненко О. В. Місце джерел цивільного права в системі джерел приватного права: окремі питання. Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія. Юридичні науки. Випуск 1. Том 1. 2014. С. 127–131.
189. Іваненко О. Вплив глобалізаційних процесів на джерела приватного права. Національний юридический журнал: теория и практика. IUNIE. 2016. С. 26–29.
190. Іващенко В. І. Про деякі аспекти правового статусу Кабінету Міністрів України. Правова держава: Щорічник наукових праць Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. К., 2001. Вип. 12. С. 343–347.

191. Казанцев М. Ф. К вопросу об общей теории правового договора. Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения РАН. Вып. 1. Екатеринбург, 1999. С. 179–196.
192. Калаур І. Р. Договір у механізмі правового регулювання відносин з передання майна в користування. Актуальні проблеми правознавства. Випуск 1. 2016. С. 114–118.
193. Калуп А. В, Азаров Д. С. До питання про доповнення Кримінального кодексу України «термінологічним розділом» та визначення у ньому кваліфікуючих ознак злочинів. Актуальні проблеми вдосконалення та уніфікації термінології Кримінального кодексу України. Х. : Права людини, 2011. С. 444–8.
194. Капустин А. Я. Европейский Союз: интеграция и право. М. : Изд-во РУДН, 2000. 436 с.
195. Карпачова Н. І. Стан дотримання Україною європейських стандартів з прав і свобод людини: Спеціальна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини з нагоди 60 - річчя Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. К., 2010. 194 с.
196. Качур В. О. До розуміння та визначення поняття «джерела права». Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. 2013. № 6–1. Т. 1. С. 36–39.
197. Кашанина Т. В. Индивидуальное регулирование в правовой сфере. Советское государство и право. 1992. № 1. С. 122–130.
198. Квятковський М. Європейське Право. Перемишль: Парламент Молоді, 2003. URL: <http://youth.crimeastar.net/europe/html/pravo/index1.html#start>

199. Кернз В. Вступ до права Європейського Союзу : навч. посіб. / В. Кернз; пер. з англ. В. С. Ісакович. К. : Знання, 2002. 381 с.
200. Кечекьян С. Ф. О понятии источника права. Ученые записки Московского госуд. ун-та. М.: 1964. Вып. 116. Труды Юридического факультета. Кн. 2. С. 3–25.
201. Київець О. В. У пошуках міжнародного права: переосмислюючи джерела : монографія. Кам'янець-Подільський : Отіум, 2011. 480 с.
202. Килимник І. І. Цивільне право України : навч. посібник. Харк. нац. ун-т міськ. госп-ва ім. О. М. Бекетова; Х. : ХНУМГ. 2014. 225 с.
203. Клім С. І. Значення судової практики як додаткового джерела цивільного права. Актуальні проблеми держави і права : збірник наукових праць. редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) та ін. ; відп. за вип. Ю. М. Оборотов. Одеса : Юридична література, 2009. Вип. 51. С. 75–81.
204. Ковалева Л. А. Место доктрины в системе источников права. Грамота, 2009. № 3 (4). С. 82-83. URL: http://scjournal.ru/articles/issn_1997-292X_2009_3_20.pdf
205. Ковальова Ю. В. Джерела права: багатоманітність наукового розуміння та єдність сутності. Науковий вісник Ужгородського національного університету. 2015. Серія ПРАВО. Випуск 31. Том 1. С. 10–13.
206. Кодекс торговельного мореплавства України. Відомості Верховної ради України. 1995. № 47. Ст. 349.
207. Козлиєва З. У. Категорія «непоіменовані договори» у цивільному праві України. Актуальні проблеми приватного права : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 93-й річниці з дня народж. В. П.

- Маслова (Харків, 27 лют. 2015 р.). Харків, 2015. С. 316–319.
208. Козюбра М. І. Співвідношення національних і міжнародних правових систем. Наукові записки НаУК-МА. Юридичні науки. 2016. Т. 181. С. 3–11.
209. Колосов Ю. М. Международное право: Учебник. 2-е изд., доп. и перераб. / Отв. ред. Ю. М. Колосов, В. И. Кузнецов. М. : Международные отношения, 1996. 606 с.
210. Комаров С. А. Общая теория государства и права: курс лекций. Изд. 2–е. М. : Манускрипт, 1996. 312 с.
211. Конвенції УНІДРУА про міжнародний фінансовий лізинг 28.05.1988 р. Офіційний вісник України. 2007 р. № 84. Ст. 3126.
212. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11.04.1980 р. Офіційний вісник України. 2006. № 15. Ст. 1171.
213. Коноплицький В. А., Філіна Г. І. Економічний словник. Тлумачно-термінологічний. К. : КНТ, 2007. 580 с.
214. Консолідовані версії Договору про Європейський Союз та Договору про функціонування Європейського Союзу з протоколами та деклараціями. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b06#Text
215. Конституція України від 28.06.1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.
216. Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол.: В. Я. Тацій (голова редкол.), О. В. Петришин (відп. секретар), Ю. Г. Барабаш та ін.; Нац. акад. прав. наук України. 2-ге вид., переробл. і допов. Х. : Право, 2011. 1128 с.

217. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права (по изд. 1914 г.). СПб. : Юридический центр-Пресс, 2004. 458 с.
218. Корнієнко В. О. Україна в Європі і світі : навчальний посібн. Вінниця : ВНТУ, 2017. 147 с.
219. Корунчак Л. А. Формування правового звичаю: історично-синергетичний погляд. Право і суспільство. 2013. № 62. С. 29–32.
220. Корчевна Л. О. Доктрина як джерело права. Правова держава. 2005. № 8. С. 19-23. URL: <http://pd.onu.edu.ua/article/view/218486>
221. Косович В. До визначення поняття нормативно-правовий акт: практична необхідність і теоретична можливість уточнення. Право України. 2012. № 9. С. 274–280.
222. Красавчиков О. А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание, функции. Гражданско-правовой договор и его функции. Межвузовский сборник научных трудов. Свердловск, 1980. С. 16–20.
223. Кривецька Л. М. Юридична природа актів тлумачення норм права. Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. 2011. № 4. С. 25–33.
224. Кривов'яз О. М. Правочин як джерело цивільного права. Часопис цивілістики. 2015. Вип. 18. С. 69–72. URL : http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chac_2015_18_17
225. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001. Офіційний вісник України. 2001. № 21. Ст. 920.
226. Кросс Р. Прецедент в английском праве. М.: Юридическая литература, 1985. 239 с.
227. Крылов Н. Б. Правотворческая деятельность международных организаций. М : Наука 1988. 170 с.

228. Кувітанова Ю. І. Нормативно-правові акти Кабінету Міністрів України: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 : теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень. Львів. нац. ун-т ім. Івана Франка. 285 с.
229. Кузнецова Н. Коментар до Глави 1. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2 т. ; за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.) ; 3-є вид., переробл. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2008. Т. 1. 832 с.
230. Кузнецова Н. С. Договір у механізмі регулювання цивільно-правових відносин. Право України. 2012. № 9. С. 12–18.
231. Кузьмій Д. В. До питання про історію взаємовідносин України із загальноєвропейськими інститутами та про місце Ради Європи у цьому процесі. Актуальні проблеми політики. 2000. Вип. 9. С. 79–82.
232. Культурологія : словник-довідник / упор. А Л. Сокульський. Запоріжжя : ГУ «ЗІДМУ», 2006. 292 с.
233. Кушинська Л. А. Еволюція звичаєвого права східних слов'ян VI - XI ст. : автореф. дис... канд. іст. наук : 07.00.01. Київ., 2001. 18 с.
234. Левин Д. Б. Дипломатический иммунитет / отв. ред. В. Н. Дурденевский. М. : Издво АН СССР, 1949. 416 с.
235. Левицкий Т. И. Юридическая природа и правовое положение Совета Европы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10. М., 1993. 18 с.
236. Легін Л. М. Оприлюднення закону: поняття, форми, значення. Прикарпатський юридичний вісник. Випуск 2 (5). 2014. С. 36–44.
237. Леже Раймон. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. М. : Волтерс Клувер, 2009. 584 с.

238. Лившиц Р. З. Судебная практика как источник права. Журнал российского права. 1997. № 6. С. 51–56.
239. Лідовець Р. А. Основні джерела Європейського договірного права. Актуальні проблеми міжнародних відносин: Збірник наукових праць. Випуск 48. Частина II. К. : Київський національний університет імені Тараса Шевченка Інститут міжнародних відносин, 2004. С. 50–52.
240. Лукашук И. И. Современное право международных договоров : Т. 1: Заключение международных договоров. 2004. 658 с.
241. Луць В. В Договірне право України: сучасний стан і тенденції розвитку. Юридичний вісник. № 2 (11). 2009. С. 5–255.
242. Луць В. В. Тенденції розвитку договірного права в сучасних умовах. Еволюція цивільного законодавства: проблеми теорії і практики : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Харків, 29-30 квітня 2004 р. Академія правових наук України, НДІ приватного права і підприємництва, НДІ інтелектуальної власності, національна юридична академія ім. Ярослава Мудрого, 2004. С. 32–39.
243. Луць В. В. Теоретичні проблеми договірного права в контексті нового Цивільного кодексу України. Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. 2002. № 2. С. 29-30. URL : http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2002_2_9.
244. Луць Л. А. Загальна теорія держави та права : навч.-метод. посібник (за кредитномодульною системою). К. : Атіка, 2008. 412 с.
245. Луць Л. А. Європейські міждержавні правові системи та проблеми інтеграції з ними правової системи

- України (теоретичні аспекти) : монографія. К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2003. 304 с.
246. Луць Л. Конституційно-правовий механізм взаємодії норм міжнародного та національного права: деякі теоретичні аспекти. URL: <http://www.lawyer.org.ua/?w=r&i=&d=298>.
247. Луць Л. Перспективи становлення судового судового прецеденту як джерела права України. Вісник Центру суддівських студій. 2006. № 6. С. 9–15.
248. Луцький Р. П. Ієрархічність правових джерел (нормативних актів) як відображення буття позитивного права. Часопис Київського університету права. № 2. 2012. С. 18–21.
249. Мазур М. В. Судова практика як джерело права: проблема визначення поняття. Форум права. 2011. № 3. С. 493–497.
250. Майданик Р. А. Джерела цивільного права України: поняття, система, види. Право України. 2013. № 5. С. 294–309.
251. Майданик Р. А. Правовий звичай як джерело цивільного права. URL: <http://www.actio.com.ua/ru/publ-katc/pravovii-zvichai-iak-dzherelo-tciv-lnogoprava>.
252. Майданик Р. А. Цивільне право. Загальна частина. Т. 1. Вступ у цивільне право. К. : Алерта, 2012. 472 с.
253. Мартенс Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов (по изданию 1904 г.) / Общ. ред. Л. Н. Шестакова. М., 1996. Т. 1–2. 434 с.
254. Марченко М. Н. Источники права: Учебное пособие. М. : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. 760 с. URL : https://books.google.com.ua/books?hl=uk&lr=&id=PT_gImmuvUV4C&oi=fnd&pg=

PT2&dq=%D0%B8%D1%81%D1%82%D0%BE%D1%87%D0%BD%D0%B8%D0%BA%D0%B8+%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B0&ots=JKEgAk7uD
B&sig=r-7emjl_NSQngBz4xyGGvl8ZtvI&redir_esc=y#
v=onepage&q=%D0%B8%D1%81%D1%82%D0%BE%D1%87%D0%BD%D0%B8%D0%BA%D0%B8%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B0&f=false

255. Марченко М. Н. Курс сравнительного правоведения. М. : Городец-издат, 2002. 1068 с.
256. Марченко М. Н. Судебный прецедент: разнообразие понятий и многообразие форм проявления. С. 96–107. URL : <https://cyberleninka.ru/article/v/sudebnyy-pretседent-raznoobrazie-ponyatiy-i-mnogoobrazie-form-proyavleniya>
257. Марченко М. Н., Дерябина Е. М. Правовая система Европейского Союза : монографія. М. : НОРМА: ИНФРА-М. 2012. 704 с.
258. Марчук В. М. Теорія держави і права: навч. посібник. К. : Київ. нац. торг.-екон. ун-т, 2012. 415 с.
259. Машкина А. Ю. К вопросу о понятии европейского права. Академический юридический журнал. 2003. № 2 (12). С. 1–2.
260. Меденцев П. А. Поняття договору як концептуальна основа договірного права країн романо-германської правової сім'ї. Актуальні проблеми держави і права: збірник наукових праць. Випуск 42. Одеса : Юридична література, 2008. С. 187–192.
261. Международное право / отв. ред. Ю. М. Колосов, В. И. Кузнецов. М. : Международные отношения, 1998. 624 с.
262. Международное право : учебник / под ред. А. А. Ковалёва, С. В. Черниченко. М. : Омега-Л, 2006. 831 с.

263. Международное публичное право : сб. док. : в 2 т. / сост. : К. А. Бекяшев, А. Г. Ходаков. М. : БЕК, 1996. Т. 1. 557 с.
264. Мельник А. С. Поняття та особливості джерел процесуального права. Актуальні проблеми політики. 2010. Вип. 51. С. 364–375.
265. Мельник А. Доповнюючі джерела українського права. Юридична Україна. 2013. № 11. С. 30–36.
266. Мережко О. О. Право міжнародних договорів: сучасні проблеми теорії та практики : монографія. К. : Таксон, 2002. 344 с.
267. Метлова И. С. Решения Европейского суда по правам человека в системе источников российского права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. 24 с.
268. Мигалюк Л. В. Місце та роль непоіменованих договорів у цивільному праві України. Університетські наукові записки. 2011. № 2 (38). С. 172–176.
269. Микієвич М. М. Інституційне право Європейського Союзу у сфері зовнішньої політики та безпеки : монографія. Львів, 2005. 2005. 415 с.
270. Мироненко І. В. Міжнародне приватне право: навчальний посібник. К. : Алерта, 2012. 272 с.
271. Міжнародна поліцейська енциклопедія: у 10 т. / відп. ред. Ю. І. Римаренко, Я. Ю. Кондратьєв, В. Я. Тацій, Ю. С. Шемшученко. К. : Концерн «Видавничий дім «Ін юре», 2003. 1232 с.
272. Міжнародне право: навч. посібник / За ред. М. В. Буроменського. К. : Юрінком Інтер, 2006. 336 с.
273. Міжнародне приватне право. Міжнародні договори України: у 2-х томах. Відпов. ред. та упорядники А. Довгерт та В. Крохмаль. К. : Видавничо-полігра-

- фічний центр «Київський університет», 2000. Т. 1. 992 с. Т. 2. 1312 с.
274. Міжнародне приватне право. Особлива частина: підручник / за заг. ред. А. С. Довгєрта, В. І. Кисіля. К. : Алерта, 2012. 376 с.
275. Міжнародне публічне право: підручник / В. М. Рєпецький, В. М. Лисик, М. М. Микієвич та ін. ; за ред. В. М. Рєпецького. 2-ге вид., стер. К. : Знання, 2012. 437 с.
276. Мілаш В. С. Європеїзація господарського договірнього права України як напрям правової інтеграції. Актуальні проблеми права: теорія і практика. № 1 (35), 2018. С. 47–57.
277. Морандьєр Л. Ж. Гражданское право Франции. Пер. с фр. и вступительная статья Е. А. Флейшиц. Том 1. М. : Изд-во иностранной лит., 1958. 742 с.
278. Морозов Д. В. Экстерриториальные нормы и доктрина международного частного права. Журнал российского права. 2011. № 7. С. 98–106.
279. Мушинский В. О. Соотношение политики и права в регулировании социальных интересов. Советское государство и право. 1988. № 2. С. 4–6.
280. Навчально-методичний посібник для самостійної роботи та семінарських занять з навчальної дисципліни «Основи права Європейського Союзу» (відповідно до вимог ECTS) / уклад.: М. В. Буроменський, Т. М. Анакіна, Т. В. Комарова та ін. Х. : Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого», 2011. 49 с.
281. Наку Ф. Ф., Вишняков О. К. Торговое право ЕС : навч. посіб. К. : ІМВ КНУ ім. Тараса Шевченка, 2003. 190 с.
282. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2 т. / за відповід. ред. О. В. Дзєри (кер. авт.

- кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. К. : Юрінком Інтер, 2005. Т І. 832 с.
283. Нелін О. І. Інститут нотаріату в Україні: від минулщини до сьогодення : монографія. К. 2013. 130 с.
284. Нелін О. І. Правове регулювання зобов'язальних відносин на українських землях (ІХ–ХІХ ст.). Юридична Україна. 2014. № 7. С. 4–8.
285. Немченко С. С. Принцип свободи договору – головний принцип договірних відносин у цивільному праві. Південноукраїнський правничий часопис. № 3. 2014. С. 101–103.
286. Нерсисянц В. С. Общая теория права и государства. М. : НОРМА, 2001. 560 с.
287. Нерсисянц В. С. Общая теория права и государства: учебник для вузов. М. : Норма, 2000. 552 с.
288. Нерсисянц В. С. Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право (о правоприменительной природе судебных актов). Судебная практика как источник права. М. : ИГПАН, 1997. 46 с.
289. Новий тлумачний словник української мови: у 3-х т. / уклад.: В. Яременко, О. Сліпушко. Т. 1: А-К. К. : Аконіт, 2007. 928 с.
290. Оборотов И. Г. Нормативно-правовой акт: время жизни. Юридический вестник. 2006. № 3. С. 90–93.
291. Оборотов И. Г. Часові межі існування правових норм. Форум права. 2011. № 12. С. 655–659.
292. Оборотов Ю. М. Традиції та новації в правовому розвитку: загальнотеоретичний аспект : автореф. дис. докт. юрид. наук: 12.00.01. Одеса, 2003. 38 с.
293. Оборотов Ю. М., Крестовська Н. М., Крижанівський А. Ф., Матвєєва Л. Г. Теорія держави і права. Державний іспит. Харків : Одісей, 2010. 256 с.

294. Общая теория государства и права. Академический курс: в 2-х томах / под. ред. М. Н. Марченко. Том 2. М. : Издательство «Зерцало», 1998. 640 с.
295. Общая теория права : учебник для юридических вузов / Ю. А. Дмитриев, И. Ф. Кузьмин, В. В. Лазарев и др.; под. общ ред. А. С. Пиголкина. 2-е изд. испр. и доп. М. : Изд-во МГТУ им. Н. Э. Баумана, 1996. 384 с.
296. Общая теория права и государства : учеб. / под ред. В. В. Лазарева : 2-е изд., перераб. и доп. М. : Юристъ, 1996. 472 с.
297. Ожегов С. И. Толковый словарь русского языка. М. : Аз, 1996. 928 с.
298. Озель В. Звичай у системі права України. Підприємництво, господарство і право. 2016. № 6. С. 201–205.
299. Олюха В. Г . Цивільно-правовий договір: поняття, функції та система : автореф. дис ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ : Б.в., 2003. 20 с.
300. Оніщенко О. В. Конституція України як основне джерело конституційного права України : автореф. дис ... канд. юрид. наук : 12.00.02. Київ, 2005. 21 с.
301. Оппенгейм Л. Международное право. Том 1. Полутом 1. / Перевод с 6-го английского издания. М. : Мир, 1948. 408 с.
302. Осминин Б. И. Принятие и реализация государствами международных договорных обязательств. М. : ВолтерсКлувер, 2006. 386 с.
303. Панченко С. В. Виды источников гражданского договорного права. Visegrad Journal on Human Rights. 2020. Выпуск 1. Часть 3. С. 124–130.
304. Панченко С. В. Звичай як джерело цивільного договорного права. Наукові записки. Серія : Право. Выпуск 7. Кропивницький : ТОВ «Полімед-Сервіс», 2019. С. 29–35.

305. Панченко С. В. Значення норм моралі як джерела цивільного договірної права. Актуальні проблеми юридичної науки : збірник тез Міжнародної наукової конференції «Вісімнадцяті осінні юридичні читання» (м. Хмельницький, 25 жовтня 2019 року). Хмельницький : Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова, 2019. С. 281–284.
306. Панченко С. В. Поняття міжнародного договору як джерела цивільного права. Римське право у світлі сучасної методології гуманітарного знання: збірник тез Міжнародної науково-практичної інтернет-конференції (м. Хмельницький, 29 травня 2020 року). Хмельницький : Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова, 2020. С. 83–87.
307. Панченко С. В. Поняття та ознаки джерела цивільного договірної права. Вчені записки Таврійського національного університету імені В. І. Вернадського. Серія: Юридичні науки». Том 30 (69). № 5. 2019. С. 81–86.
308. Панченко С. В. Поняття та ознаки звичаю як джерела регулювання суспільних відносин. Конституційні цінності: правова природа та практика реалізації : збірник тез Міжнародної науково-практичної конференції «Конституційні цінності: правова природа та практика реалізації» (м. Хмельницький, 17 травня 2019 року) : у 2-х част. Частина 2. Хмельницький: Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова, 2019. С. 62–67.
309. Панченко С. В. Судовий прецедент як джерело цивільного договірної права. Правове регулювання суспільних відносин : перспективні напрями на

- шляху до сталого розвитку : Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 4–5 жовтня 2019 року). Київ : Таврійський національний університет імені В. І. Вернадського, 2019. С. 42–46.
310. Панченко С. В. Цивільно-правовий договір як джерело цивільного договірного права. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. 2019. № 2. Том 1. С. 87–90.
311. Паращук Л. Г. Принципи та цінності цивільного права. Юридичний вісник. № 1 (18). 2011. С. 62–65.
312. Парфенова Т. А. Нормативный договор как источник российского права: история и современность : автореф. дисс. ... к.ю.н.: 12.00.01. Челябинск. 2006. 22 с.
313. Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології : монографія. К. : ТОВ «Видавництво Юридична думка». 2008. 336 с.
314. Петров Р. А., Вакуленко А. О., Ван Елсуwege П. Право Європейського Союзу : підручник / за ред. Р. А. Петрова. Вид. 9-те, змінене і допов. Харків : Право, 2019. 442 с.
315. Плахов В. Д. Традиции и общество. Опыт философско-социологического исследования. М. : Мысль, 1982. 220 с.
316. Погребняк С. Вплив судової практики на юридичні акти в романо-германській правовій сім'ї. Вісник Академії правових наук України. 2003. № 4 (34). С. 92–99.
317. Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : автореф. дис ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Київ : Б.в., 2009. 36 с.

318. Попко В. В. Юридична природа європейського союзу. Актуальні проблеми міжнародних відносин. Випуск 115 (частина II). 2013. С. 126–133.
319. Попов А. А. Международное частное право. Х., 1998. 244 с.
320. Популярный юридический энциклопедический словарь / редкол. О. Е. Кутафин, В. А. Туманов, И. В. Шмаров и др. М. : Большая Российская энциклопедия, «РИПОЛ КЛАССИК». 2001. 800 с.
321. Постанова Верховного Суду від 16 січня 2019 року у справі № 373/2054/16-ц за провадженням № 14-446цс18. URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79382745>
322. Постанови Верховного Суду від 18 березня 2020 року (провадження № 61-15217св19) у справі № 456/2946/17. URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/88337788>
323. Право Європейського Союзу : учебник для магистров / под ред. С. Ю. Кашкина 3-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт. 2012. 1119 с.
324. Право Європейського Союзу : навчальний посібник. / За ред. Р. А. Петрова. 5-те видання перероблене і доповнене. К. : Істина, 2013. 384 с.
325. Право Європейського Союзу : підручник / за ред. В. І. Муравйова. К. : Юрінком Інтер, 2011. 704 с.
326. Право Європейського Союзу : підручник / Р. А. Петров (кер. авт. кол.), А. О. Вакуленко, Ван Елсуwege П. та ін. ; за ред. Р. А. Петрова. Вид. 9–те, змінене і допов. Харків : Право, 2019. 44 с.
327. Правове письмо : навч. посібник / В. А. Ватрас, Д. А. Монастирський, В. Г. Рогожа та ін.; за ред. Р. О. Стефанчука. К. : Алерта; ЦУЛ, 2011. 148 с.

328. Правовий звичай як джерело українського права IX–XIX ст. / за ред. І. Б. Усенка. Київ : Наук. думка, 2006. 279 с.
329. Принципи міжнародних комерційних договорів (принципи УНІДРУА (UNIDROIT) від 01.01.1994 р. URL:https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_920/card6#Public
330. Принципы европейского договорного права. URL : http://www.stalogistic.ru/infocentre/legal/mezhdunarodnoe_
331. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23 лютого 2006 № 3477-IV. Відомості Верховної Ради України. 2006. № 30. Ст. 260.
332. Про впорядкування використання адміністративних будинків і нежилых приміщень, що перебувають у державній власності : Декрет Кабінету Міністрів України від 11.01. 1993 р. № 5-93. Відомості Верховної Ради України. 1993. № 12, Ст. 108.
333. Про впорядкування діяльності суб'єктів підприємницької діяльності, створених за участю державних підприємств : Декрет Кабінету Міністрів України від 31.12.1992 р. № 24–92. Відомості Верховної Ради України. 1993. № 11. Ст. 94.
334. Про затвердження Інструкції про порядок виконання міжнародних договорів з питань надання правової допомоги в цивільних справах щодо вручення документів, отримання доказів та визнання і виконання судових рішень : наказ Міністерства юстиції України та Державної судової адміністрації України від 27 червня 2008 р. № 1092/5/54. Офіційний вісник України. 2008 р. № 50. Ст. 48.

335. Про міжнародне приватне право : Закон України від 23 червня 2005 ІУ. Відомості Верховної Ради України. 2005. № 32. Ст. 422.
336. Про міжнародні договори України : Закон України від 29.06.2004 р. № 1906-IV. Відомості Верховної Ради України. 2004. Ст. 540.
337. Про оренду державного та комунального майна : Закон України від 10.04.1992 р. № 157-IX. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 30. Ст. 416
338. Про оренду землі : Закон України від 6.10.1998 р. № 124-IX. Відомості Верховної Ради України. 1998. № 46–47. Ст. 280.
339. Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів і вступу їх в силу : Указ Президента України від 10.06.1997 р. № 503/97. Офіційний вісник України. 1997. № 50. Ст. 1675.
340. Про порядок тимчасової дії на території України окремих актів законодавства Союзу РСР : Постанова Верховної Ради України від 12.09.1991 р. № 1545-XII. Відомості Верховної Ради України. 1991. Ст. 621.
341. Про припинення справляння державного мита по грошових переказах, що надходять з-за кордону : Декрет Кабінету Міністрів УКРАЇНИ. Відомості Верховної Ради України. 1993. № 2. Ст. 15.
342. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 2.06. 2016 р. № 1402-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016 р. № 31. Ст. 545.
343. Про тимчасове делегування Кабінету Міністрів України повноважень видавати декрети в сфері законодавчого регулювання : Закон України від 18.11.1992 р. № 2796-XII. Відомості Верховної Ради України. 1993. № 2. Ст. 6.

344. Про фінансовий лізинг: Закон України від 16.12.1997 р. № 7223/97-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1998. № 6. Ст. 68.
345. Проблемы теории государства и права. Учебник для вузов / Под. ред. М. Н. Марченко. М. : Проспект, 2001. 413 с.
346. Пронюк Н. В. Сучасне міжнародне право : навчальний посібник. К. : КНТ, 2008. 342 с.
347. Пяткина С. А. О теории источников права в английской юриспруденции. Ученые записки Всесоюзного научно-исследовательского института Советского законодательства. Вып. 19. М., 1969. С. 144–158.
348. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави : навч. посіб. Львів : Край, 2007. 192 с.
349. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави. Видання 5-те, зі змінами : навчальний посібник К. : Атіка. 2001. 176 с.
350. Рассолов М. М. Актуальные проблемы теории государства и права: учеб. пособие для студ. вуз., обучающихся по спец. «Юриспруденция». 2-е изд., перераб. и доп. М. : Юнити-Дана; Закон и право, 2011. 447 с.
351. Решота В. Конституція України як джерело адміністративного права. Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки. 2017. № 865. С. 316–324. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vnulpurn_2017_865_50.
352. Резнікова В. В. Судовий прецедент: чи визнано за ним статус офіційного джерела права в контексті реформування господарсько-процесуального законодавства України? Вісник господарського судочинства України. 2012. № 1. С. 90–101.

353. Рішення Конституційного Суду України від 13 березня 2012 року № 5-рп/2012. Справа № 1-7/2012. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-12#Text>
354. Роль регламенту «Рим II» в уніфікації міжнародного приватного права в ЄС. Держава і право. 2011. Вип. 53. С. 614–618.
355. Ромовська З. Р. Українське цивільне право. Загальна частина. Академічний курс : підручник. К.: Атіка, 2005. 560 с.
356. Росік Т. В. Роль судової практики в сучасній правотворчості: теоретико-прикладні аспекти : автореферат дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2016. 20 с.
357. Румянцев О. Г., Додонов В. Н. Юридический энциклопедический словарь. М. : ИНФРА. М, 1997. 377 с.
358. Рыженков А. Я. Моральная обусловленность принципов гражданского права. Вестник Калмыцкого университета. № 1 (21). 2014. С. 46–51.
359. Сабодаш Р. Б. Практика Європейського Суду з прав людини як джерело права України. Наше право. № 9. 2013. С. 140–145.
360. Савчук К. О., Драчов О. В. Генезис проблеми співвідношення міжнародного та внутрішньодержавного права. Актуальні проблеми міжнародних відносин. Випуск 93 (Частина II), 2010. С. 128–134.
361. Сазонов О. Т. Цивільні права: характеристика і особливості. Порівняльно-аналітичне право. № 2. 2015. С. 130–132.
362. Саидов А. Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) : учебник / отв. ред В. А. Туманов. 2-е изд., доп. и перераб. М. : Юристь, 2009. 283 с.

363. Самарин А. А. Экстерриториальное действие юридических норм в условиях стратегий глобализации. Юридическая техника. 2015. № 9. С. 667–672.
364. Самолюк Ю. М. Співвідношення права і моралі. Судова апеляція. № 2 (15). 2009. С. 16–23.
365. Самсін І. Методологічний шлях від декларації професійності суддів до їх інтелектуальної незалежності. Вісник національної академії прокуратури України. № 1. 2011. С. 95–101.
366. Семенникова Н. В. Источники гражданского права. URL: <http://ui.tsu.ru/wp-content/uploads/2016/05/16.-%D0%A1%D0%B5%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D0%BD%D0%B8%D0%BA%D0%BE%D0%B2%D0%B0-%D0%9D.%D0%92.-%D0%98%D1%81%D1%82%D0%BE%D1%87%D0%BD%D0%B8%D0%BA%D0%B8-%D0%B3%D1%80%D0%B0%D0%B6%D0%B4%D0%B0%D0%BD%D1%81%D0%BA%D0%BE%D0%B3%D0%BE-%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B0.pdf>
367. Сердюк І. В. Взаємозв'язок права і моралі як регуляторів суспільних відносин. Юридична психологія. № 1 (18). 2016. С. 48–59.
368. Сидоренко О. О. Рішення Європейського суду з прав людини як джерело права України. Міжнародне право. 2015. С. 242–250.
369. Сильченко Н. В. Классификации источников права. Актуальные проблемы теории и истории правовой системы общества: сб.науч.тр. отв. ред. проф. В. Н. Карташов; Ярослав. гос. ун-т. Ярославль: ЯрГУ, 2013. Вып. 12. С. 49–59. <http://elib.bsu.by/bitstream/123456789/149525/1/%D0%9A%D0%9B%D0%90%D0%A1%D0%A1%D0%98%D0%A4%D0%98%D0%9A%D0%90%D0%A6%D0%98%D0%98%20>

%D0%98%D0%A1%D0%A2%D0%9E%D0%A7
%D0%9D%D0%98%D0%9A%D0%9E%D0%92%20
%D0%9F%D0%A0%D0%90%D0%92%D0%90.pdf

370. Симаева Е. П. Система договорного (контрактного) права в России и Канаде: сравнительно-правовой анализ. Вестник Волгоградского государственного университета. Сер. 5, Юриспруд. 2011. № 1 (14). С. 114–117.
371. Сироткіна О. В. Принципи європейського договір-ного права: історія створення, статус і основні по-ложення : збірник наукових праць. Серія «Право». Ставрополь : СевКавГТУ, 2003. Вип. 1(5). С. 5–7.
372. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. № 2947-III. Відомості Верховної Ради України. 2002. № 21–22. Ст. 135.
373. Скакун О. Ф. Теорія держави і права: підручник / пер. з рос. Харків : Консум, 2001. 656 с.
374. Скакун О. Ф. Теорія держави і права: підручник. К. : Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. 656 с.
375. Скакун О. Ф. Теорія права і держави: підручник. 2-ге видання. Київ, Алерта; ЦУЛ, 2011. 520 с.
376. Словник іншомовних слів / улад.: С. М.Морозов, Л. М. Шкарапура. К. : Наук. думка, 2000. 680 с.
377. Слотвінська Н. Д. Судова практика та судовий пре-цедент у системі джерел права. Теорія і практика конституціоналізму: український та зарубіжний досвід : матеріали першої науково-практичної кон-ференції, 30 квітня 2015 року, Львів. Національний університет «Львівська політехніка». Навчально-на-уковий інститут права та психології, Кафедра кон-ституційного та міжнародного права. Львів, 2015. С. 126–129.

378. Слотвінська Н. Д. Судова практика як джерело права : дис. ... канд. юрид. наук. : 12.00.01. Львів, 2008. 220 с.
379. Смирнова К. В. Джерела права Європейського Союзу : автореф. дис ... канд. юрид. наук : 12.00.11. К. 2005. 20 с.
380. Советский энциклопедический словарь. М. : Сов. энцикл., 1989. 1632 с.
381. Стефанчук Р. О. До питання про європейський вибір розвитку цивільного права в Україні. Теоретико-методологічні підходи до розуміння приватного права в умовах правової держави. URL: nbuv.gov.ua/portal/sd_gum/ppip/2012_11/Stefanchyk%20R.pdf
382. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : монографія / відп. ред. Я. М. Шевченко. К. : КНТ, 2008. 626 с.
383. Стоянова Т. Практика Європейського суду з прав людини як джерело цивільного процесуального права України. Підприємництво, господарства і право. № 6. 2017. С. 55–58.
384. Стрельцова О. В. Європейське право як багатовимірний феномен: підходи до розуміння і визначення поняття. Бюлетень Міністерства юстиції України. 2011. № 7. С. 72–80.
385. Стрибко Т. І. Нормативно-правовий договір та договірний процес у суверенній Україні : автореф. дис. ... к.ю.н. 12.00.01. Одеса : 2016. 26 с.
386. Суханов И. В. Обычаи, традиции в преемственности поколений. М. : Политиздат, 1976. 216 с.
387. Сырых В. М. Теория государства и права. М. : Юстицинформ, 2005. 703 с.

388. Сырых В. М. Теория государства и права: учебник. 3-е изд., перераб. и доп. М. : «Юридический Дом «Юстицинформ»». 2004. 704 с.
389. Талалаев А. Н. Международные договоры в современном мире. Вопросы права международных договоров в светеработы Вен. конф. ООН 1968–1969 гг. М. : Междунар. отношения, 1973. 247 с.
390. Талалаев А. Н. Юридическая природа международного договора. М. : Изд-во Ин-та международных отношений, 1963. 263 с.
391. Теория государства и права / под ред. В. К. Бабаева. М. : Юристъ, 2002. 592 с.
392. Теория государства и права : курс лекций / под.ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. М. : Юрист, 2001. 776 с.
393. Теория государства и права : учебник / под. общ. ред. О. В. Мартышина. М. : Норма, 2007. 496 с.
394. Теория государства и права : учебник / под. ред. В. К. Бабаева. М. : Юристъ, 2001. 592 с.
395. Теория государства и права : учебник для юридических вузов и факультетов / под. ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. М. : Издательская группа НОРМА-ИНФА М., 1999. 570 с.
396. Теория государства и права : хрестоматия: в 2 т. / авт. сост. В. В. Лазарев, С. В. Липень. М. : Юристъ, 2001. 604 с.
397. Теория государства права : учебник для вузов. / отв. ред. д. ю. н., проф. В. Д. Перевалов. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Норма, 2007. 496 с.
398. Теория права и государспва: Учебник / Боботов С. В., Варламова Н. В., Лазарев В. В. и др.; рук. авт. колл. и отв. ред. Г. Н. Манов. М. : Бек, 1995. 323 с.

399. Теорія держави і права : навчальний посібник / за заг. ред. Р. Ромашова, Н. Пархоменко. К. : КНТ, 2007. 216 с.
400. Теорія держави та права : навч. посіб. / Ромашов Р. А., Пархоменко Н. М., Легуша С. М., Муртазаєва Г. Н. К. : КЮІ МВС, 2005. 216 с.
401. Теплюк М. О. Дія права і дія закону в сучасному аспекті правового розуміння. Право України. 2010. № 4. С. 182–189.
402. Теплюк М. О., Ющик О. І. Введення в дію законів України: питання теорії та практики. К. : Парламентське видавництво, 2011. 200 с.
403. Термины Инкотермс 2010. URL: <http://incoterms.iccwbo.ru/pravila-incoterms-inkoterms>
404. Титарчук О. А. Звичай і право (питання взаємозв'язку і взаємодії) : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.01. Харків, 1995. 19 с.
405. Тихомиров М. Ю., Тихомирова Л. В. Юридическая энциклопедия. М. : Юринформцентр, 2002. 525 с.
406. Тихомиров Ю. А. Договоры в экономике : монография. Москва : Экономика, 1993. 144 с.
407. Тихомирова Л. В., Тихомиров М. Ю. Юридическая энциклопедия / под ред. М. Ю. Тихомирова. М. : «Изд. Тихомиров М. Ю.», 1997. 526 с.
408. Ткаченко А. А. Основные тенденции развития современной системы источников гражданского права России. Журнал КГАУ. № 62 (08). 2010. С. 1–9. Киберленинка: научная электронная библиотека URL : <https://cyberleninka.ru/article/v/osnovnyetendentsii-razvitiya-sovremennoy-sistemy-istochnikov-grazhdanskogo-prava-rossii>
409. Толкачева Н. Є. Правовий звичай, узвичаєність, звичай ділового обороту - форми права сучасної

- України: проблеми застосування. Соціологія права. 2011. № 2. С. 34–38. URL : <http://dspace.nbuv.gov.ua/handle/123456789/39603>
410. Толкачова Н. Є. Деякі аспекти співвідношення звичаю, традиції та права. Вісник Київського національного університету ім. Тараса Шевченка. Серія: Юридичні науки. 2002. Вип. 45/48. С. 23–30.
411. Толковый словарь живого великорусского языка. Том 4. / В. Даль. М. : Государственное издательство иностранных и национальных словарей 1956. 684 с.
412. Толстой Ю. К. К теории правоотношений. Л. : Изд-во Ленингр. ун-та. 1959. 88 с.
413. Тополевський Р. Б. Системні зв'язки юридичних джерел права : автореф. дис. ... канд. юр. Наук : 12.00.01. Національний університет внутрішніх справ. Харків, 2004. 20 с.
414. Топорнин Б. Н. Европейское право : учебник. М. : Юристъ, 1999. 456 с.
415. Третьяков Д. Ієрархія законів і принципи «*pacta sunt servanda*». Віче. 2008. № 13–14. С. 53–54.
416. Тригубович Н. В. Теоретические основания экстерриториального применения права. Проблемы понимания права: сборник научных статей. Саратов, 2007. С. 200–226.
417. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 21.03.2014. Офіційний вісник України. 2014. № 75. Ст. 2125.
418. Унифицированные правила по инкассо. URL: <http://docs.cntd.ru/document/901723940>

419. Урядування в об'єднаній Європі / пер. з італ. К. Тищенко. К. : К.І.С., 2003. 286 с.
420. Ушаков Н. А. Государство в системе международно-правового регулирования : учебное пособие. М. Институт государства и права РАН, 1997. 62 с.
421. Фалалеева Л. Г. Перспективи розвитку правового регулювання торговельних відносин між Україною та Європейським Союзом. Зовнішня торгівля: право та економіка. № 4 (27). 2006. С. 80–84.
422. Феделеш М. М. Система джерел права європейського союзу. Південноукраїнський правничий часопис. 2015. № 2. С. 83–88.
423. Федорченко Н. В. Договірні зобов'язання з надання послуг : проблеми теорії і практики : монографія. К. : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2015. 328 с.
424. Федюк Л. В. Концептуальні підходи до особистих немайнових прав як предмета цивільного права. Право України. № 9. 2009. С. 105–107.
425. Философский энциклопедический словарь. М. : ИНФРА М, 1997. 576 с.
426. Філософія права : навч. посібник / О. О. Бандура, С. А. Бублик, М. Л. Заінчковський та ін.; за заг. ред. М. В. Костицького, Б. Ф. Чміля. К., Юрінком інтер, 2000. 336 с.
427. Форманюк В. В. Система джерел права європейського союзу. Південноукраїнський правничий часопис. Правова система: теорія і практика. № 2. 2015. С. 83–88.
428. Фуллер Л. Анатомія права. К. : Сфера, 1999. 144 с.
429. Халфина Р. О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском. 1954. М. : Издательство АН СССР. 239 с.

430. Харитонов Є. О. До проблеми визначення змісту поняття «цивільне законодавство України». Актуальні проблеми держави і права. 2012. Вип. 65. С. 107–115. URL : http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp_2012_65_15
431. Харитонов Є. О. Методологічні засади дослідження проблем правової адаптації України до внутрішнього ринку Є С. Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». 2015. Т. 17. С. 232–270.
432. Харитонов Є. О. Старцев О. В. Цивільне і право України : підручник. Вид. 2, перероб. і доп. К. : Істина, 2007. 816 с.
433. Харитонов Є. О. Основи римського приватного права. Х. : Одиссей, 2013. 352 с.
434. Харитонов Є. О., Саніахметова Н. О. Цивільне право України. К. : Істина, 2003. 776 с.
435. Харитонов Є. О., Харитонova О. І., Старцев О. В. Цивільне право України : підручник. вид. 3, перероб., і доп. К. : Істина. 2013. 808 с.
436. Хартли Т. К. Основы права Европейского сообщества: Пер. с англ. М. : Закон и право, ЮНИТИ, 1998. 703 с.
437. Хвостов В. М. История римского права : пособие к лекциям. М. : Типография Товарищества И. Д. Сытина, 1908. 143 с.
438. Хвостов В. М. Общая теория права: элементарный очерк. М. : Университетская типография, 1905. 211 с.
439. Хиля М. М. Нормативно-правові акти як джерела адміністративного права України : дис. канд. юрид. наук : 12.00.07. ТНЕУ. Тернопіль. 2019. 204 с.
440. Хмелько В. Є. Найзагальніші особливості суспільних відносин Філософська думка. 1974. № 6. С. 29–

38. URL : https://www.kiis.com.ua/materials/articles_HVE/02_osobSuspVid.pdf
441. Храмов Д. В. Нетрадиционные источники российского частного права : общетеоретический аспект : дисс. ... кандидата юридических наук : 12.00.01. Саратов, 2010. 213 с.
442. Хропанюк В. Н. Теория государства и права: учебное пособие для высших учебных заведений. Под ред. В. Г. Стрекозова. М. : Изд-во «Дабахов, Ткачев, Димов», 1995. 384 с.
443. Хропанюк В. Н. Теория государства и права: учебное пособие для высших учебных заведений. М. : ИКФ Омега-Л; Интерстиль, 2003. 382 с.
444. Цаллаев Х. К. Традиции и обычаи осетин. Владикавказ. 1993. 228 с. URL: <http://fandag.ru/publ/14-1-0-58>.
445. Цивільне право : підручник : у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бегова та ін. ; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. Х. : Право, 2011. Т. 1. 656 с.
446. Цивільне право України : навчальний посібник / за ред. Р. О. Стефанчука. К. : Прецедент, 2005. 560 с.
447. Цивільне право України : навчальний посібник / кол. авторів; за ред. Г. Б. Яновицької, В. О. Кучера. Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. 468 с.
448. Цивільне право України : підручник. / Є. О. Харитонов Н. О. Саніахметова. К. : Істина, 2003. 776 с.
449. Цивільне право України : підручник. У 2 т. / за заг. ред. Я. М. Шевченко. К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. Т. 1. 520 с.
450. Цивільне право України: загальна частина / за ред. проф. І. А. Бірюкова, Ю. О. Заїки. К. : Алерта, 2014. 510 с.

451. Цивільний кодекс України : наук.-практ. ком. 4-те вид., перероб. і допов. Х. : ТОВ «Одіссей», 2008. 1279 с.
452. Цивільний кодекс України від 16.01.2003. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 435. № 40-44. Ст. 356.
453. Цивільний кодекс України. Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). в 12-ти томах. Т. 1: Загальні положення / За ред. проф. І. В. Спасибо-Фатеевої. Серія «Коментарі та аналітика». Х. : ФОП-Колісник А.А., 2010. 320 с.
454. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004, редакція від 13.08.2020. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>
455. Цюкало В. Питання імплементації міжнародно-правових норм у правову систему України. Міжнародне право. 2013. № 1. С. 139–159.
456. Чеговадзе Л. А. Публичное и частное право. Научные воззрения профессора Г. Ф. Шершеневича в современных условиях конвергенции частного и публичного права (к 150-летию со дня рождения): сборник материалов Международной научно-практической конференции (г. Казань, 1-2 марта 2013 г.) / под ред. Д. Х. Валеева, З. Ф. Сафина, М. Ю. Чельшева. М. : Статут, 2013. 1494 с.
457. Черкес М. Ю. Міжнародне право : підручник. 5-те вид., випр. і доп. К. : Знання, 2006. 397 с.
458. Черниченко С. В. Теория международного права: В 2-х т. Т. 1: Современные теоретические проблемы. М. : Изд. «НИМП», 1999. С. 147–148.

459. Чиркин В. Е. О публичной власти (постановка проблемы). Государство и право. 2003. № 10. С. 8–15.
460. Чубарев В. Л. Міжнародне приватне право. навчальний посібник. К. : Атіка, 2006. 608 с.
461. Шалінська І. В. Акти «м'якого права»: поняття та значення у міжнародному правопорядку. Соціологія права. 2011. № 2. С. 1–5.
462. Шапенко Л. О., Ковтун О. С. Місце звичаю в системі джерел права України. Актуальні питання публічного та приватного права. 2015. № 1. С. 13–16.
463. Шевчук Б. М. Засади функціонування Європейського Союзу. Ефективність державного управління. 2015. Вип. 44 (1). С. 21–28.
464. Шевчук С. В. Загальнотеоретичні проблеми нормативності актів судової влади: автореф. дис... д-ра юрид. наук : 12.00.01. Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. Х., 2008. 38 с.
465. Шевчук С. В. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні : монографія. Київ, 2007. 640 с.
466. Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права. Тула : Автограф, 2001. 720 с.
467. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. 6–е изд. С.-Петербург., 1907. Издание Бр. Башмаковыхъ. 815 с.
468. Шершеневичъ Г. Ф. Курсъ гражданского права : в 2–х т. Казань : Университетъ, 1901-1902. 446 с.
469. Ширабон О. В. Нормативно-правовой договор как источник современного российского права: автореф. дисс. к.ю.н. : 12.00.01. М. 2007. 18 с.
470. Щелокаева Т. А. Корпоративные и локальные нормы: понятие и соотношение. Марийский юридический вестник. 2002. Вып. 2. С. 80–84.

471. Энтин М. Л. Суд Европейских сообществ: правовые формы обеспечения западноевропейской интеграции. М. : Международные отношения. 1987. 176 с.
472. Юридический научно-практический словарь – справочник: основные термины и понятия / О. Ф. Скакун, Д. А. Бондаренко. Х. : Эспада, 2007. 488 с.
473. Юридический словарь / гл. ред-я С. Н. Братусь, Н. Д. Казанцев и др. Гос. изд-во юрид. лит-ры. М. : 1953. 784 с.
474. Юридический словарь / И. Дахно. Словарь законодат. и норматив. терминов. 2-е изд. доп. К. : А.С.К., 2001. 1056 с.
475. Юридический энциклопедический словарь / гл. ред. А. Я. Сухарев. М. : Сов. Энциклопедия, 1984. 415 с.
476. Юридична енциклопедія В 6 т. / ред. Ю. С. Шемшученко [та ін.]; НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. К. : Вид-во «Українська енциклопедія» ім. М. П. Бажана, 1998. 2003 Т. 5.736 с.
477. Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. К. : «Укр. енцикл.», 1998. Т. 2: Д–Й, 2003. 744 с.
478. Юридична енциклопедія: В 6 т., Т. 6 : Т–Я. / редкол. Ю. С. Шемшученко та ін. К. : «Укр. енцикл.», 2004. 768 с.
479. Юридична сила. Матеріал з Вікіпедії — вільної енциклопедії. URL : https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%AE%D1%80%D0%B8%D0%B4%D0%B8%D1%87%D0%BD%D0%B0_%D1%81%D0%B8%D0%BB%D0%B0
480. Юридичний словник / за ред. Б. М. Бабія, В. М. Корецького, В. В. Цветкова. Головна редакція Української радянської енциклопедії АН УРСР. К, 1974. 846 с.
481. Юридичні терміни. Тлумачний словник / В. Г. Гончаренко, П. П. Андрушко, Т. П. Базова та ін.; за ред.

- В. Г. Гончаренка. 2-ге вид., стереотипне. К. : Либідь, 2004. 320 с.
482. Юридичні терміни: тлумачний словник / В. Г. Гончаренко. К. : Либідь, 2003. 317 с.
483. Яворська О. С. Договірне право як регулятор цивільних відносин. Соц.-ек. проблеми сучас. періоду України. 2008. Вип. 6 (74). С. 148–158.
484. Яворська І. Право європейського союзу: сучасні концептуальні підходи. Вісник Львівського університету. Серія міжнародні відносини. 2012. Випуск 30. С. 201–209.
485. Яворська О. С. Договірні зобов'язання про передання майна у власність: цивільно-правові аспекти: монографія. Тернопіль: 2009. 384 с.
486. Яковюк І. Система джерел права європейського союзу: загальна характеристика. Філософія права і загальна теорія права. № 1. 2013. С. 209–220.
487. Ярмола А. С. Кодекси України: загальнотеоретичні аспекти : автореф. ... дис. канд. юрид. наук : 12.00.01. Львів. нац. ун-т ім. Івана Франка. Львів, 2015. 16 с.
488. Ярошенко О. М. Джерела трудового права України: автореф. дис... д-ра юрид. наук : 12.00.05. Х., 2007. 42 с.

ДЛЯ НОТАТКІВ

Наукове видання

ПАНЧЕНКО Сергій Володимирович

ДЖЕРЕЛА ЦИВІЛЬНОГО ДОГОВІРНОГО ПРАВА

Монографія

За редакцією автора

Підписано до друку 19.09.2021
Формат 64х90 1/16. Ум. друк. арк. 20. Папір офсет.
Гарнітура “Minion Pro”. Друк цифровий.
Наклад 100 прим. Зам. № 129 від 19.09.2021

Видавець: ПП Гудим І.О., м. Миколаїв,
тел. 097 301-86-92, e-mail: irina.gudym@gmail.com
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
МК № 3 від 14.05.2002

Надруковано: ФОП Швець В.М., м. Миколаїв
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
ДК № 5078 від 01.04.2016

