

О. Печений, кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Стаття 6 Цивільного кодексу України: спроба доктринального тлумачення

Во всем мне хочется дойти до самой сути...

Б. Пастернак

За час, що минув з проведення останньої кодифікації цивільного законодавства, мабуть жодна норма нового Цивільного кодексу України не привернула таку пильну увагу і науковців, і практиків, не викликала такого полярного спектру оцінок, думок і суджень, як ст. 6 ЦК, що містить правила співвідношення актів цивільного законодавства і договору. І тут слід назвати і запальні реляції на честь перемоги світу над темрявою, що засвідчують якісно новий крок у розвитку принципу свободи договору, і безапеляційно негативні твердження щодо змісту ст. 6 ЦК, які обов'язково супроводжуються необхідністю радикальних змін її редакції¹, і поміркований скептицизм щодо ефективності і обґрунтованості положень ст. 6 ЦК України². Зазначимо, що в літературі практично відсутні спроби ґрунтовного теоретичного аналізу конструкції даної норми, особливо це стосується визначення змісту та меж права на відступлення від актів цивільного законодавства у договорі.

Частини перша та друга даної статті, які сформульовані законодавцем у межах визнаних вітчизняним правознавством стандартів, не викликають особливих зауважень. У цих нормах йдеться про право сторін укласти договір, який *не передбачений* актами цивільного законодавства, але такий, що відповідає загальним засадам цивільного законодавства; право сторін врегулювати у договорі, який *передбачений* актами цивільного законодавства, свої відносини, що не врегульовані цими актами. Взагалі-то, наведені положення продовжують традиції розуміння сво-

¹ Див.: *Подцерковний О.* Недоліки норм про свободу договору в новому Цивільному кодексі України // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2004. – № 3 (38). – С. 77–90.

² Див.: *Полов Ю. Ю.* Критерії визначення імперативності чи диспозитивності норм у Цивільному кодексі України: історія повторюється двічі // Вісн. господ. судочинства. – 2006. – № 4. – С. 233–237.

боди договору, розроблені радянським правознавством, і особливої новизни ні для науковців, ні для практиків не створюють. Цього не можна сказати про положення ч. 3 ст. 6 ЦК, яким сторонам надається право *відступити* у договорі від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини *на власний розсуд*, саме положення про право на відступлення, його зміст та межі і викликало в літературі жваву дискусію.

Спробу пояснити положення ст. 6 ЦК здійснили відомі в Україні науковці — розробники проекту ЦК. Так, Н. С. Кузнецова наголосила на відмові розробників від «звуженого» розуміння диспозитивності у договірних зобов'язаннях, у зв'язку з чим у ст. 6 ЦК передбачено інші підходи¹. Вони полягають у новому розумінні сутності диспозитивних і імперативних норм. Дійсно, сторони не можуть відступити від імперативних приписів, що містяться в актах цивільного законодавства, однак імперативність норми повинна прямо фіксуватися в законі або впливати із змісту норми чи суті відносин між сторонами. На думку автора, цей новий концептуальний підхід свідчить не тільки про реанімацію загальноновизнаних приватноправових засад у цивільному праві, а й потребує глибокого змістовного осмислення. З цим, звичайно, не можна не погодитись. Як вважає А. С. Довгерт, нове розуміння сутності диспозитивних та імперативних норм полягає у тому, що ЦК встановив презумпцію диспозитивності норм приватного права².

М. М. Сібільов, визнавши за нормами ч. 3 ст. 6 ЦК роль загального правила, за яким суб'єкти при саморегулюванні діють виключно на свій розсуд і не вважаються пов'язаними імперативними приписами актів цивільного законодавства, вказав на недосконалість цієї норми з позицій законодавчої техніки. На його думку, висловлений законодавцем виняток із загального правила, за яким сторони не можуть відступати від положень актів цивільного законодавства навіть тоді, коли у самому акті немає прямого застереження про це і це не впливає із змісту цього акта, але впливає із суті відносин між сторонами, є некоректним і зайвим. Причини негативної оцінки полягають у тому, що у ст. 6 ЦК йдеться про

¹ Див.: Кузнецова Н. С. Принципи сучасного зобов'язального права // Методологія приватного права: Зб. наук. пр. (за матеріалами наук.-теорет. конф., 30 трав. 2003 р., Київ). – К., 2003. – С. 144–152; Вона ж. Принципи сучасного зобов'язального права України // Укр. комерц. право. – 2003. – № 4. – С. 9–15.

² Цивільний кодекс України: Наук.-практ. комент. / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К., 2004. – С. 14.

співвідношення акта цивільного законодавства і договору, а не про співвідношення зазначених актів із суттю відносин між сторонами¹. О. Подцерковний², наголошуючи на тому, що умова ч. 3 ст. 6 ЦК не тільки суперечить науковим напрацюванням і традиціям вітчизняного права, а й не вписується в інструментарій і практику застосування ЦК, створює плутанину і невизначеність, пропонує її вилучити як «стороннє тіло», замінивши нормою, що умови договору не повинні суперечити імперативним положенням актів цивільного законодавства і моральним засадам суспільства³.

У сучасній юридичній літературі спроб наповнити положення ст. 6 ЦК реальним практичним змістом майже не спостерігається, а ч. 3 цієї статті взагалі стала «забороненою зоною». Так, більшість виданих після прийняття ЦК коментарів до нього обмежуються лаконічним відтворенням змісту ст. 6 ЦК, нічого додатково ні з наукових, ні з практичних позицій не пояснюючі⁴.

І оскільки стан законодавчої техніки є лише відбитком рівня суспільної свідомості, мабуть тільки сакральним страхом і жахом, відомим ще людині первісного ладу, перед невідомістю і можна пояснити втілену в проекті Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо впорядкування можливості диспозитивного застосування норм)» (реєстр. № 2660)⁵ ідею про скасування презумпції диспозитивності ЦК. Первісний варіант законопроекту, підготовлений народними депутатами, передбачав вилучення ч. 3 ст. 6 з ЦК, однак у подальшому розробники дещо пом'якшили свою позицію, запропонувавши нову редакцію ч. 3 ст. 6 ЦК, за якою сторони у договорі можуть

¹ Див.: Сібільов М. М. Акти цивільного законодавства і договір // *Методологія приватного права*: Зб. наук. пр. (за матеріалами наук.-теорет. конф., м. Київ, 30 трав. 2003 р.) / Редкол.: О. Д. Крупчан (голова) та ін. – К., 2003. – С. 158–159.

² Див.: Подцерковний О. Неодоліки норм про свободу договору в новому Цивільному кодексі України. – С. 77–90.

³ При концептуальному непогодженні з думкою автора зазначимо, що з позицій законодавчої техніки внесена пропозиція є далеко не бездоганною. Перш за все, що належить до імперативних положень актів цивільного законодавства, що слід розуміти під моральними засадами суспільства? Наведена пропозиція – спроба викласти норми ЦК України в редакції ЦК УРСР 1963 р., тому подальші коментарі, гадаємо, зайві.

⁴ Див.: Цивільний кодекс України: Наук.-практ. коментар: У 2 ч. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. – К., 2004. – Ч. 1. – С. 14–15; Гражданский кодекс Украины: Комментарий (с изм. и доп. по сост. на 1 сент. 2003 г.). – Харьков, 2003. – Т. 1. – С. 24–25.

⁵ http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc_1?id=&pf3511=28887.

відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд, якщо в актах прямо вказано про це. Враховуючи теоретичну і прикладну значущість для цивільно-правового регулювання, внесена пропозиція потребує більш детального аналізу.

Досить показовою є назва законопроекту, яка змінювалася паралельно з його змістом. Якщо у первісній редакції мова йшла про *відміну* можливості диспозитивного застосування норм, то в подальшому йшлося лише про *впорядкування* можливості диспозитивного регулювання шляхом звуження можливості сторін самостійно визначати умови договору. Як замахнулися, сказав би з цього приводу класик, бо важко собі навіть уявити ті наслідки, які б мало для національної правової системи скасування диспозитивного застосування правових норм.

Та і впорядкування можливості диспозитивного застосування норм, запропоноване у законопроекті, не заслуговує високої оцінки, оскільки передбачає повернення до моделі співвідношення договору і закону, визначеної ЦК УРСР 1963 р., тобто до засад правового регулювання часів адміністративно-командної системи. Це, звичайно, оптимізму в оцінці законопроекту додавати не може.

Чим же обґрунтована пропозиція обмеження диспозитивних засад цивільно-правового регулювання? Як вказується у пояснювальних матеріалах до законопроекту, умова щодо обов'язковості застосування актів цивільного законодавства є нечіткою та суб'єктивною і може призвести до укладання угод, які суперечать актам цивільного законодавства. На думку розробників, судова практика показує, що положення щодо диспозитивності застосування законодавчих актів спричиняє ускладнення практики правозастосування та вирішення цивільно-правових справ у судах, оскільки зумовлює суб'єктивне сприйняття сторонами у договорі норм цивільного законодавства. Передбачається, що відміна загального правила щодо можливості диспозитивного застосування норм ефективно вплине на дотримання сторонами у договорі цивільного законодавства. Наведена аргументація видається досить дивною. Автори не пояснюють у чому, на їх думку, полягають нечіткість та суб'єктивізм ч. 3 ст. 6 ЦК. При цьому не робиться ніяких спроб з'ясувати дійсний зміст та призначення цієї норми. Не може бути сприйнято і посилання на труднощі застосування ч. 3 ст. 6 ЦК у судовій практиці, оскільки конкретні приклади свідчать якраз про те, що саме потенціал вказаної норми і дозволив судам чітко визначити характер тих чи інших норм ЦК, вирішити окремі проблемні питання, нейтралізувати недоліки законодавця. Проілюструємо зазначене. Так, відповідно до

ч. 3 ст. 549 ЦК пенею є неустойка, що обчислюється у відсотках від суми несвоєчасно виконаного *грошового зобов'язання* за кожен день прострочення виконання. Недоліком легального визначення пені є неможливість її застосування за прострочення виконання *негрошового зобов'язання*. Виникає запитання, чи можуть сторони відступити в договорі від положень ч. 3 ст. 549 ЦК, передбачивши стягнення пені за прострочення виконання негрошового зобов'язання? Первісно з'явилися судові рішення, якими умови договору про пеню за порушення виконання негрошового зобов'язання визнавалися недійсними з мотивів невідповідності ч. 3 ст. 549 ЦК¹. Однак згодом судові інстанції дійшли висновку, що положення ч. 3 ст. 549 ЦК не суперечать можливості визначення сторонами як договірної відповідальності та стягнення пені за порушення іншого, ніж грошове, зобов'язання². Даний підхід, який ґрунтується на положеннях ч. 3 ст. 6 ЦК, знайшов підтримку серед вчених та практиків³.

Наведемо інший приклад, пов'язаний із регулюванням орендних відносин. Як встановлено актами цивільного законодавства, строк договору найму (оренди) визначається за погодженням сторін, у разі відсутності заяви однієї із сторін про припинення або зміну умов договору оренди *протягом одного місяця після закінчення строку дії договору* він вважається продовженим на такий самий строк і на тих самих умовах, які були передбачені договором (ст. 764 ЦК, п. 4 ст. 764 ЦК). Чи можуть сторони передбачити у договорі інший строк подання такої заяви, особливо з огляду на те, що наведені норми не містять застереження «...якщо інше не передбачено договором або законом»? Предметом судового розгляду став спір за договором оренди, яким передбачалося, що заява про припинення або внесення змін до договору повинна бути подана за один місяць до моменту закінчення строку дії договору. Вирішуючи дану справу, суди першої та апеляційної інстанції виходили з того, що дана умова договору обмежує можливість реалізації права орендодавця протягом місяця після закінчення строку дії договору заявити про відсутність наміру продовжувати орендні відносини, а тому не може

¹ Проблемні питання у застосуванні Цивільного і Господарського кодексів України / За ред. А. Г. Яреми, В. Г. Ротаня. – К., 2005. – С. 11.

² Постанова Вищого господарського суду України від 8 листопада 2005 р. № 169/9-2005. – http://www.arbitr.gov.ua/docs/28_1097735.html.

³ Проблемні питання у застосуванні Цивільного і Господарського кодексів України. – С. 11; Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: [В 4 т.] / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань. – Т. 2. – К.; Севастополь, 2004. – С. 54; *Теньков С.* Можливості застосування пені за негрошовими зобов'язаннями // Вісн. госп. судочинства. – 2007. – № 1. – С. 83–84.

бути застосована. Вищий господарський суд України вказав на неправильність застосування судами попередніх інстанцій при такому підході норм матеріального права, а саме: статей 6, 627, 628 ЦК, ст. 179 ГК, та ухвалені по справі судові акти скасував¹. У постанові касаційної інстанції зазначено, що встановлення у договорі інших умов, ніж ті, що визначені диспозитивними нормами, не породжують недійсність зобов'язань за цим договором, за умови, якщо вони прямо не суперечать чинному законодавству. Отже, судова практика робить помітний крок уперед, формуючи нові підходи до поділу диспозитивних та імперативних норм, ніж ті, що були відомі з радянських часів. Звичайно, що за відсутності у цивільному законодавстві норм, на кшталт ч. 3 ст. 6 ЦК, розраховувати на вирішення справ у такий спосіб було б не варто.

Рефреном законопроекту, який аналізується, є позиція, що диспозитивність норм ускладнює правозастосування, а зрозумілою видається лише імперативна норма. Вбачається, що розробники ототожнили поняття «зрозумілість» та «імперативність» цивільно-правових норм, з чим важко погодитись. До того ж юридично некоректно виводити залежність між диспозитивним характером цивільно-правового регулювання і укладанням договорів, які суперечать актам цивільного законодавства. Немовби при імперативному характері цивільно-правових норм укладання договорів чи правочинів, які суперечать актам цивільного законодавства, взагалі виключається. Безпідставними є також і прогнози розробників очікувати внаслідок прийняття законопроекту «підвищення в Україні рівня законності при укладанні цивільно-правових договорів». Упевненість розробників законопроекту в наявності кореляції рівня законності з імперативним характером цивільно-правової норми є сумнівною.

Отже, запропонований проект ґрунтується на методології ЦК УРСР 1963 р., його основні положення ні з теоретичних, ні з прикладних позицій не обґрунтовані, а тому позитивної оцінки викликати не може. Тому не випадковим є рішення Верховної Ради України, яким законопроект про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо впорядкування можливості диспозитивного застосування норм) повернуто суб'єкту права законодавчої ініціативи на доопрацювання².

¹ Постанова Вищого господарського суду України від 11 липня 2006 р. № 32/43пн. – <http://www.arbitr.gov.ua>.

² Про направлення на доопрацювання проекту Закону України про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо впорядкування можливості диспозитивного застосування норм): Постанова Верховної Ради України від 20 квітня 2007 р. № 976-V // www.rada.kiev.ua.

Після аналізу вказаного законопроекту, вивчення позицій науковців складається враження, що про ч. 3 ст. 6 ЦК можна говорити лише з полярних боків — тільки позитивно або негативно, з обов'язковою необхідністю істотного корегування її змісту. Взагалі-то, аналізуючи доводи учасників дискусії щодо змісту ст. 6 ЦК все більше доходиш висновку, що полярна різниця в поглядах зумовлена не стільки галузевими, методологічними або концептуальними відмінностями відповідних наукових платформ, скільки перебуванням на принципово різних світоглядних «берегах». Ототожнення права і закону, абсолютизоване за радянських часів, автоматично підносить останній на вищий і єдиний рівень в системі джерел правового регулювання. Спроба углядіти право поза законом, тим більше встановлення можливості відступити від закону, в такій «системі координат» не може існувати і розглядається як наруга над законом. І дійсно, автори такої позиції, виходячи з того, що права поза законом не існує (або практично не існує), наголошують, що регулювання відносин, у тому числі й цивільних, ні чим іншим, як актом законодавства, здійснюватись не може, місця для альтернативи не залишають. Навпаки, якщо визнати існування права поза законом (незалежно від того, як це пояснювати, з позицій природного права чи з інших), то і правове регулювання може здійснюватись за допомогою різних чинників, включаючи договір¹. При цьому договірне регулювання може бути і автономним, і мати характер саморегулювання. Як слушно вказує М. М. Сібільов, у ч. 3 ст. 6 ЦК йдеться саме про випадки саморегулювання, коли сторони можуть діяти виключно на свій розсуд і не вважаються пов'язаними імперативними приписами актів цивільного законодавства². Як вбачається, введення презумпції диспозитивності цивільно-правових норм, яка реалізується за допомогою права на відступлення від положень актів цивільного законодавства, є проявом новітньої тенденції подолання вузько нормативного (формального) підходу до розу-

¹ При цьому слід віддати належне Конституційному Суду України, який, виходячи з принципу верховенства права, визнає, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством (Рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 «У справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання)» // Офіц. вісн. України. – 2004. – № 45 – Ст. 2975). Причому даний перелік соціальних регуляторів не є вичерпним, очевидно, в ньому є місце і для договірного регулювання.

² Див.: Сібільов М. М. Акти цивільного законодавства і договір. – С. 158–159.

міння права¹. Якщо з позицій позитивістської школи право розглядалося виключно як команда суверенної державної влади, втілена у законі, то під впливом даної тенденції спостерігається перенесення акценту не на волю держави, а на безпосередній зв'язок права з характером суспільних відносин. Під впливом об'єктивних реалій держава вимушена відступитися від монополій у певних сферах, включаючи правове регулювання, визнавши можливість правоутворення за допомогою інших чиників, таких як договори сторін, судова практика² або звичаї.

Договірне регулювання та саморегулювання у цивільному праві розглядаються у площині презумпції диспозитивності його норм. Норма вважається імперативною лише тоді, коли у відповідних актах цивільного законодавства міститься вказівка на її імперативність або останнє впливає зі змісту чи суті відносин між сторонами³. Слід сказати, що про наявність презумпції диспозитивності в цивільному праві вели мову розробники ЦК РФ, зокрема С. А. Хохлов⁴, однак закріпити її на законодавчому рівні не вдалося, тому ЦК України робить у цьому напрямку помітний крок вперед. Визнання презумпції диспозитивності мало зумовити відмову від класичного формулювання диспозитивних норм «...якщо інше не встановлено договором». Однак у цьому питанні, як і в багатьох інших, вітчизняний законодавець не виявив послідовності. У результаті в ЦК наявні і «стародиспозитивні», і «новодиспозитивні» норми. Як пише З. В. Ромовська, в одних статтях таке застереження є, в інших, з диспозитивним змістом, — його немає. Це буде підставою для виникнення конфліктних ситуацій у сфері правозастосування⁵. Однак непослідовність законодавця не може бути підставою для відмови від позитивних наукових напрацювань.

¹ Див.: Шевчук С. В. Судова правотворчість та соціологічна школа права // Вісн. Верхов. Суду України. – 2007. – № 1. – С. 24–29.

² Наприклад, відповідно до ст. 17 Закону України від 23 лютого 2006 р. «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» практика Європейського суду з прав людини застосовується як джерело права. При цьому зауважимо, що прямиий вплив держави на формування даного джерела права практично виключається.

³ Цивільний кодекс України: Наук.-практ. комент. – С. 14.

⁴ Так, автор зазначає, що запроваджена в ЦК РФ техніка виділення диспозитивних норм по суті ґрунтується на презумпції імперативності, протилежній презумпції диспозитивності (див.: Гражданский кодекс РФ. – Ч. 2: Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель. – М., 1996. – С. 236). З цього робиться висновок, що в російському цивільному праві домінують імперативні норми.

⁵ Див.: Ромовська З. В. Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс: Підручник. – К., 2005. – С. 150.

Легальне закріплення презумпції диспозитивності вимагає визначення нових критеріїв поділу приватноправових норм на імперативні і диспозитивні, звичайно, що усталені з радянських часів опрацювання, які тріпотливо оберігають опоненти ст. 6 ЦК, при цьому в нагоді не стануть. Класичний поділ норм права на імперативні та диспозитивні запропонував С. С. Алексєєв¹. На його думку, всі юридичні норми мають офіційний, державно-владний, обов'язковий характер, і в цьому розумінні всі вони — імперативні. Однак ступінь їх державної обов'язковості є різним. Тобто норма, яка сформульована у категоричних приписах і діє незалежно від волі суб'єктів, є імперативною, а норма, яка діє лише в тій частині, в якій суб'єкти не встановили своєю угодою інших умов власної поведінки — диспозитивною. Інакше кажучи, диспозитивною цивільно-правовою нормою є правило, яке містить вказівку на кшталт: «...якщо інше не встановлено договором або законом». Такий підхід цілком відповідає науково-методологічним підходам, покладеним в основу ЦК УРСР 1963 р. Із позицій проведеної кодифікації цивільного законодавства і визначення, і змістовне навантаження, і кореляція імперативних і диспозитивних норм застарілими підходами пояснені бути не можуть. Як уявляється, неправомірно визначати імперативною будь-яку норму цивільного законодавства, в якій відсутнє формулювання «...якщо інше не встановлено договором». Небезпека такого розуміння полягає перш за все в тому, що, слідуючи йому, ми неодмінно прийдемо до зміни типу та спрямованості правового регулювання — від *загальнодозвільного*, який ґрунтується на принципі, за яким особа вправі вчиняти будь-які дії, крім тих, які прямо заборонені законом, до *дозвільного*, за яким особа може вчиняти тільки дії, прямо дозволені нормою права². У літературі слушно вказується, що визначати імперативність чи диспозитивність норми лише за наявності чи відсутності формулювання про те, що інше може передбачатися договором, є певним спрощенням³. Ознаками імперативного чи диспозитивного характеру норми можуть бути й інші критерії, зокрема неможливість укладення договору з певних питань, або визнання його недійсним. Законодавству України та інших країн відомі численні приклади з цих питань (п. 1 ст. 74, п. 2 ст. 90, п. 2 ст. 99 ЦК РФ, § 202 НЦУ, ч. 3 ст. 614, ч. 2 ст. 259 ЦК України). Диспозитивний

¹ Див.: Алексєєв С. С. Право: азбука, теория, философия. Опыт комплексного исследования. – М., 1999. – С. 79.

² Див.: Алексєєв С. С. Общая теория права: В 2 т. – М., 1981. – Т. 1. – С. 299.

³ Див.: Садиков О. Н. Императивные и диспозитивные нормы в гражданском праве // Юрид. мир. – 2001. – № 7.

чи імперативний характер може мати певна група норм однієї спрямованості. Таким чином, прояв диспозитивних засад у цивільно-правових нормах може набувати різних форм, віднесення норми до диспозитивної чи імперативної має бути результатом тлумачення, з'ясування її суті, призначення, логічного зв'язку з іншими нормами, а не поверхового погляду на наявність відповідного формулювання.

У цьому аспекті слід звернути увагу на концепцію імперативних норм, що існує в міжнародному приватному праві¹. Теоретичні положення цієї концепції полягають у відокремленні особливої групи таких норм, (надімперативні, норми обов'язкового застосування тощо), які не можуть бути виключені із застосування за домовленістю сторін, у тому числі й за допомогою механізмів колізійного регулювання. Проекція теорії «надімперативних» норм на ст. 6 ЦК дасть змогу визначити, що до них можуть бути віднесені норми, від змісту яких сторони не можуть відступити ні за яких обставин, тобто норми, на які не поширюється право на відступлення, передбачене ч. 3 ст. 6 ЦК. Такі норми можуть дістати назву абсолютно імперативні, водночас ЦК передбачає існування і відносно імперативних норм, тобто положень, які вважаються обов'язковими, доки сторони не застосували щодо них своє право на відступлення, передбачене ч. 3 ст. 6 ЦК. Таким чином, за ступенем обов'язковості для сторін норми ЦК можуть бути поділені на диспозитивні та імперативні, останні в свою чергу можуть бути відносно імперативні і абсолютно імперативні. До речі, підхід до визначення імперативних норм як правил, від яких сторони не можуть відступити, вже використовувався при проведенні кодифікацій цивільного законодавства у країнах колишнього Союзу РСР, зокрема Грузії².

Презумпція як явище правової дійсності, що містить певне припущення, формується на зіткненні юридичної техніки з нормою права³. Обов'язковим є наявність такого елемента в структурі презумпції, який передбачає можливість її спростування. Контрпрезумпція сформульована законодавцем у ч. 3 ст. 6 ЦК за допомогою перерахування вичерпного переліку випадків, коли сторони не можуть відступити від положень

¹ Див.: Новикова О. В. Императивные нормы в международном частном праве // Государство и право. – 2006. – № 8. – С. 81–89.

² Див.: Чантурия Л. Л. Введение в общую часть гражданского права (сравнительно-правовое исследование с учетом некоторых особенностей постсоветского права). – М., 2006. – С. 68.

³ Див.: Кузнецова О. А. Презумпции в гражданском праве. – СПб., 2004. – С. 46.

актів цивільного законодавства. По суті, контрпрезумпція встановлює межі диспозитивності в цивільному праві, які можуть бути поділені на *внутрішні* і *зовнішні*. Внутрішні окреслені положеннями ч. 3 ст. 6 ЦК, а зовнішні — межами, в яких взагалі допускається договірне регулювання.

Зміст права на відступлення — це суб'єктивне право змінити режим правового регулювання із звичайного на саморегулювання. Це дозволяє визначити, що в цивільному праві наявні дві системи правового регулювання — загальна та договірна, або саморегулівна. Оскільки здійснення цього права призводить до того, що відповідна норма акта цивільного законодавства замінена в контексті відносин сторін договірним положенням, перша прав і обов'язків сторін не регулює, не можна вести мову про конкуренцію правил ч. 1 ст. 203 ЦК, за якими правочин не може суперечити актам цивільного законодавства і моральним засадам суспільства, і права сторін на саморегулювання (ч. 3 ст. 6 ЦК), оскільки вони перебувають у різних площинах.

При визначенні *зовнішніх меж* диспозитивності слід мати на увазі, що:

1. Право на відступлення від актів цивільного законодавства застосовується лише в тих сферах, в яких відносини сторін *a priori* можуть бути врегульовані договором або правочином, зокрема, недоговірні зобов'язання у більшості випадків не можуть містити диспозитивних норм та виключають договірне регулювання.

2. З попередньою тезою пов'язується правило, що в різних інститутах цивільного права ступінь диспозитивності його норм є принципово різним. Якщо у зобов'язальному праві (за винятком деліктного права) він є максимальним, що відповідає розвитку ринкових відносин¹, то у нормах, присвячених особам, речовому праву, спадкуванню, диспозитивність виявляється набагато меншою мірою. У цих інститутах, де відносини більш типізовані, правове регулювання має бути усталеним. Прояв диспозитивності тут може бути обмежено певними формами, скажімо, актами юридичної особи або її органів. Специфіка ж деліктного права взагалі виключає диспозитивне регулювання.

3. Іноді законодавець вказує на регулювання тих чи інших відносин *законом*, що автоматично виключає і договірне регулювання, і можливість відступлення від актів цивільного законодавства. Такими випадками є ч. 2 ст. 1 ЦК щодо можливості застосування ЦК до публічно-

¹ Див.: Садиков О. Н. Императивные и диспозитивные нормы в гражданском праве // Юрид. мир. — 2001. — № 7.

правових відносин лише у випадках, установлених *законом*, ч. 1 ст. 80 ЦК щодо визначення *законом* порядку реєстрації юридичних осіб, ч. 3 ст. 81 ЦК щодо визначення ЦК порядку створення, організаційно-правових форм, правового статусу юридичних осіб приватного права, ч. 4 ст. 81 ЦК щодо випадків примусового поділу (виділу) юридичної особи, ч. 1 ст. 196 ЦК щодо обов'язкових реквізитів та вимог до форми цінного паперу тощо.

4. Право на відступлення поширюється виключно на акти цивільного законодавства, при цьому необхідно враховувати систему цих актів, окреслену ст. 4 ЦК, з урахуванням особливостей застосування ЦК до регулювання відносин, що склалися в окремих сферах (ст. 9 ЦК), включаючи сферу дії Господарського кодексу України. У літературі з цього приводу зазначається, що право сторін відступити у договорі (правочині) від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд, поширюється і на господарські договори, оскільки ГК в частині регулювання майнових відносин, заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні та майновій самостійності їх учасників, є актом цивільного законодавства¹. Право на відступлення поширюється виключно на приватноправові за своїм змістом норми, незалежно від того, в якому акті вони розміщені законодавцем. При відповіді на питання, чи можуть сторони відступити від положень конкретної правової норми, необхідно перевірити її на відповідність визначеним критеріям (ч. 1 ст. 1 ЦК), тобто на генетичну приналежність до цивільного законодавства. При тлумаченні поняття «акти цивільного законодавства», в аспекті права на відступлення, тобто у смисловому зв'язку з ч. 3 ст. 6 ЦК, у судовій практиці виникають певні труднощі, що зумовлені перш за все безсистемним підходом з боку суб'єктів правотворчої діяльності до формування всього масиву законодавства. Так, в одній справі суд вказав, що сторони вправі відступити від положень Закону від 20 травня 1999 р. «Про відповідальність суб'єктів підприємницької діяльності за несвоєчасне внесення плати за спожиті комунальні послуги та утримання прибудинкових територій», поширивши його дію на осіб, які не є суб'єктами підприємницької діяльності². В іншій, коли мова йшла про застосування Закону України від 22 листопада 1996 р. «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань», суд

¹ Проблемні питання у застосуванні Цивільного і Господарського кодексів України. – С. 11.

² Постанова Вищого господарського суду України від 25 квітня 2006 р. № 16/216. – <http://www.arbitr.gov.ua>.

вказав, що ст. 3 Закону, яка встановлює обмеження щодо розміру пені, має імперативний характер, а тому умова договору, що передбачає інший розмір пені, ніж визначено зазначеною нормою, є такою, що суперечить чинному законодавству, та підлягає визнанню недійсною¹. Така диференціація у застосуванні правових норм позбавлена будь-яких логічних підстав, оскільки стосується нормативно-правових актів однакової юридичної сили і галузевої належності. І перший, і другий закони мають схожий предмет регулювання — відповідальність за порушення зобов'язань, а тому є актами цивільного законодавства в аспекті ч. 3 ст. 6 ЦК, а отже, на них повинно поширюватись і право на відступлення. Вищий господарський суд України, визнавши закріплення в ЦК нової теоретичної конструкції співвідношення імперативних та диспозитивних норм, вказав, що питання про те, чи є правова норма імперативною або диспозитивною, слід вирішувати шляхом аналізу змісту цієї норми в кожному окремому випадку². Така позиція судової інстанції занадто лаконічна, доцільно було хоча б у загальному вигляді сформулювати критерії, з яких мають виходити суди при віднесенні норми до імперативної чи диспозитивної.

5. Формою реалізації права на відступлення від актів цивільного законодавства за логікою ст. 6 ЦК визнається лише договір та односторонній правочин. Мусимо констатувати, що при такому підході законодавцем допущене певне обмеження, оскільки право на відступлення може бути реалізоване і за допомогою статуту, іншого акта юридичної особи чи її органів. Цікавим є приклад з цивільного законодавства Німеччини. Так, за § 25 НЦУ організаційний устрій правоздатного об'єднання визначається його статутом, якщо інше не впливає із відповідних положень НЦУ.

Визначення *внутрішніх меж* презумпції диспозитивності пов'язується безпосередньо з юридичною конструкцією ч. 3 ст. 6 ЦК. Її аналіз свідчить, що законодавець визначив декілька рівнів імперативності норм цивільного законодавства. У межах *першого рівня* існують «надімперативні» норми, імперативність яких не викликає сумніву і які не потребують тлумачення. Мета імперативних норм — забезпечення захисту приватних прав, які надані суб'єктам, без такого забезпечення може виникнути небезпека для реалізації принципу індивідуалізму і приватної

¹ Постанова Вищого господарського суду України від 28 грудня 2006 р. № 48/295. — http://www.arbitr.gov.ua/docs/28_1148581.html.

² Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України: Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 7 квітня 2008 р. № 01-8/211. — http://www.arbitr.gov.ua/documents/01-8_211_2008-07-04.html.

автономії¹. За логікою ст. 6 ЦК це норми, в яких прямо вказано про їх обов'язковість. Прикладами можуть бути норми щодо організаційно-правових форм юридичних осіб (ч. 1 ст. 83 ЦК), підстав недійсності правочину (ч. 2 ст. 215 ЦК) тощо. На цьому рівні зазначимо певний збіг внутрішніх та зовнішніх меж диспозитивності. «Пряма вказівка» законодавця про неможливість відступлення від нормативних положень не завжди є буквальною, вона може набувати різних форм, з урахуванням прийомів законодавчої техніки. Це може досягатися як шляхом безпосередньої вказівки на неможливість зміни того чи іншого положення домовленістю сторін (наприклад, ч. 2 ст. 259 ЦК), так і встановленням недійсності наслідків такого відступлення, нікчемності відповідного правочину (ч. 1 ст. 27, ч. 3 ст. 614, ч. 2 ст. 1008 ЦК).

Другим рівнем є ситуація, коли імперативність впливає із змісту правової норми. Якщо імперативність першого рівня «лежить на долоні» і з'ясування змісту норми, як правило, не вимагає, то визначити імперативність чи диспозитивність норми другого рівня можна лише за допомогою тлумачення. До цієї групи можуть бути віднесені норми, які містять певні обмеження, заборони, або ж, навпаки, надають сторонам певні переваги. Наприклад, відповідно до ст. 515 ЦК заміна кредитора не допускається у зобов'язаннях, нерозривно пов'язаних з особою кредитора, зокрема у зобов'язаннях про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я. Виникло питання — чи можуть сторони у договорі відступити від положень даної норми та врегулювати свої вимоги з відступлення права вимоги по-іншому, на власний розсуд? Дослідниками з цього приводу зазначається, що від нормативно закріпленої заборони уступки права вимоги сторони у договорі відступити не можуть, оскільки зі змісту норми-заборони впливає її обов'язковість для сторін². Іншим прикладом може бути неможливість відступлення від положень ч. 2 ст. 144 ЦК, яка забороняє звільнення учасника товариства з обмеженою відповідальністю від обов'язку внесення вкладу до статутного капіталу. Суть такої юридичної особи, як ТОВ, якраз і полягає у внесенні його учасниками вкладів, з яких складається статутний капітал, тому звільнити від внесення вкладу неможливо, оскільки це призведе до руйнації самої конструкції ТОВ. Видається, що до цієї групи належать також і норми, до

¹ Див.: Чантурия Л. Л. Введение в общую часть гражданского права (сравнительно-правовое исследование с учетом некоторых особенностей постсоветского права). — С. 69–70.

² Див.: Пушай В. І. Уступка вимоги і переведення боргу в цивільних правовідносинах (на матеріалах судової практики): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2006. — С. 13.

яких законодавець включив певного роду *винятки*, тобто забезпечив їх таким правотворчим прийомом, який характеризує відступлення від загального правила поведінки. Так, відповідно до ст. 35 ЦК як *виняток* певним категоріям неповнолітніх може бути надана повна цивільна дієздатність до досягнення вісімнадцяти років. Дане правило не може бути предметом відступлення за допомогою правочину.

На третьому рівні імперативності цивільно-правової норми впливає із суті відносин між сторонами. Визначення імперативних норм третього рівня становить найбільшу складність для правозастосування. *Перше*, оцінюється не сама цивільно-правова норма як абстрактна модель поведінки, а норма акта цивільного законодавства у контексті відносин сторін, із визначенням їх суті. За відсутності конкретних правовідносин, неможливо визначити їх суть, а отже, і вказати, чи існують тут імперативні норми третього рівня. *По друге*, потребує визначення, що слід розуміти під категорією «суть відносин», які її ознаки? Цивільне законодавство досить часто використовує категорію «суть», вказуючи на існування суті відносин (ч. 1 ст. 51, ч. 2 ст. 714, ч. 2 ст. 827, ч. 2 ст. 1089 ЦК), суті одностороннього правочину (ч. 5 ст. 201 ЦК), суті зобов'язання, (ч. 1 ст. 527, ч. 1 ст. 528, ч. 1 ст. 529, ч. 1 ст. 531, ч. 2 ст. 532, ч. 2 ст. 538, ч. 1 ст. 539, ч. 1 ст. 613, ст. 621, ч. 1 ст. 716, ч. 2 ст. 901 ЦК), суті виконання зобов'язання, забезпеченого заставою (ч. 1 ст. 584 ЦК), суті застави (ч. 1 ст. 586 ЦК), суті договору (ч. 5 ст. 626, ч. ч. 2, 4 ст. 636 ЦК), суті змішаного договору (ч. 2 ст. 628 ЦК), суті пропозиції укласти договір (ч. 3 ст. 641), суті договору ренти (ч. 2 ст. 734 ЦК), суті кредитного договору (ч. 2 ст. 1054 ЦК). Інші законодавчі акти використовують поняття суті діяльності (ст. 64 Закону України «Про банки і банківську діяльність»), суті порушення (ст. 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права»), суті сімейних відносин (ст. 8 СК).

Як бачимо, у переважній більшості випадків законодавець використовує категорію «суть» стосовно динаміки майнового обігу, а точніше — у сфері зобов'язального права. Такий підхід нам вбачається не випадковим, оскільки саме сфера зобов'язань є за своєю природою та призначенням найбільш пристосованою для автономного регулювання і саморегулювання, а його конструкції є в цьому сенсі найбільш «гнучкими». Суть відносин між сторонами у розумінні ч. 3 ст. 6 ЦК — це перш за все *суть зобов'язальних* відносин, що склалися між ними. Нам видається, що при аналізі суті певного явища (у тому числі і відносин між сторонами) слід виходити із сукупності найважливіших ознак, відсутність яких змінює його природу, перетворюючи на щось інше. Такою ознакою виступає перш за все призначення цього явища, його функція, а може бути і ознака, що

відрізняє його від суміжних та схожих явищ реальної дійсності. В контексті досліджуваного питання найбільш рельєфно сутність проглядається на прикладі конструкції цивільно-правового договору. Відповідно до ст. 638 ЦК, яка відтворює зміст ст. 153 ЦК УРСР 1963 р., договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов, якими є предмет та інші умови, визначені законом або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою сторони має бути досягнуто згоди. Відразу зазначимо, що при включенні цієї норми до нового ЦК законодавцем не враховано тих принципів змін, що сталися у цивільно-правовому регулюванні останнім часом. Саме цим і зумовлена та обставина, що у ст. 638 ЦК на першому місці вказані істотні умови, визначені законом, а на останньому — самими сторонами. На практиці виникає питання щодо юридичної оцінки домовленості сторін, яка не містить усіх істотних умов, визначених законом. Інакше кажучи, чи може бути визнано укладеним договір, в якому сторони не досягли згоди з усіх істотних умов, визначених законом, або ж сторони можуть, з урахуванням положень ч. 3 ст. 6 ЦК, відступити від положень ст. 638 ЦК і врегулювати свої відносини на власний розсуд? Отже, постає питання, який характер мають норми ст. 638 — диспозитивний чи імперативний. Нам видається, що у ст. 638 ЦК (як і в ст. 153 ЦК УРСР) акценти у розумінні договору зміщені в бік його бачення виключно крізь призму формалізованих істотних умов, з чим у повній мірі важко погодитись. У юридичній конструкції договору ключовою є наявність згоди сторін, яка виступає і фундаментом подальших відносин, і поштовхом їх динаміки. Саме в цьому бачиться його сутність, особливо в логічному зв'язку із легальним визначенням договору як домовленості двох або більше учасників (ч. 1 ст. 626 ЦК). Виходячи з указанного, істотні умови слід розглядати більшою мірою як атрибутивний, а не сутнісний елемент договору. Це у свою чергу дає нам підстави стверджувати, що закон не може пов'язувати сторони договору ним же визначеним переліком істотних умов, цю обставину сторони визначають самостійно. Вважаємо, що в контексті права на відступлення ст. 638 ЦК слід розглядати як «еластичну» конструкцію, що містить запропоновані сторонам варіанти регулювання договірних відносин, якими вони можуть скористатися чи не скористатися. Тому представляти дану норму як надімперативну (як вказав, зокрема Вищий господарський суд¹), тобто таку, від якої сторони не можуть відступити, означає нехтувати сутністю цивільно-правового договору.

¹ Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України: Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 7 квітня 2008 р. № 01-8/211. – http://www.arbitr.gov.ua/documents/01-8_211_2008-07-04.html.