

Цивільне та торгове право зарубіжних країн (Шимон С.)

[Конвертовано сайтом javalibre.com.ua]

Шимон С. І.

Цивільне та торгове право зарубіжних країн

ЗМІСТ

Глава 1. Основні цивільно-правові системи сучасності (загальна характеристика) 9

1.1. Поняття цивільного й торгового права в зарубіжних країнах 10

1.2. Поняття цивільно-правової системи (сім'ї) та її ос-новні складові. Рецепція римського приватного права 13

1.3. Основні цивільно-правові системи сучасного світу та тенденції їх розвитку 19

1.4. Загальна характеристика континентальної (романо-германської) цивільно-правової системи 23

1.5. Загальна характеристика англо-американської цивільно-правової системи 28

1.6. Загальні риси інших цивільно-правових систем (традиційної, мусульманської, центральноєвропейської та східноєвропейської) 33

Глава 2. Джерела цивільного й торгового права зарубіжних країн 37

2.1. Поняття та види джерел цивільного й торгового права зарубіжних країн 37

2.2. Поняття та способи уніфікації норм цивільного й торгового права зарубіжних країн 41

2.3. Джерела цивільного й торгового права в країнах ко-н-тинентальної правової системи (на прикладі Франції та Німеччини) 45

2.4. Джерела цивільного й торгового права Англії та США 53

Глава 3. Фізична особа в цивільному праві зарубіжних країн 62

3.1. Поняття фізичної особи в цивільному праві зарубіж-них країн і джерела її цивільно-правового статусу 62

3.2. Поняття та основні принципи цивільної правоздатності фізичної особи в праві зарубіжних країн 64

3.3. Інститут безвісної відсутності (оголошення померлим) громадянина в праві зарубіжних країн 66

3.4. Поняття та зміст дієздатності в різних цивільно-правових системах. Обмеження дієздатності фізичних осіб 68

Глава 4. Юридичні особи та інші правові форми торгової (підприємницької)

діяльності в зарубіжних цивільно-правових системах 72

4.1. Поняття та ознаки юридичної особи в різних цивільно-правових системах 73

4.2. Поняття та основні принципи правоздатності юридичних осіб у цивільному праві зарубіжних країн 75

4.3. Класифікація юридичних осіб у зарубіжних правових системах 79

4.4. Правові форми здійснення (торгової) підприємницької діяльності в зарубіжних правових системах 81

4.5. Поняття та види торгових товариств у правових системах зарубіжних країн 85

4.6. Види юридичних осіб у континентальній цивільно-правовій системі 87

4.7. Види юридичних осіб та інші форми здійснення підприємництва в англо-американській цивільно-правовій системі 90

Глава 5. Представництво у цивільному й торговому праві зарубіжних країн 93

5.1. Поняття та види представництва в цивільному праві зарубіжних країн 93

5.2. Поняття та види торгового (комерційного) представництва в країнах континентального права 96

5.3. Торгове (комерційне) представництво в англо-американській правовій системі 100

Глава 6. Речові права в зарубіжних цивільно-правових системах. Право власності 103

6.1. Поняття та види речових прав у зарубіжних цивільно-правових системах 103

6.2. Класифікація об'єктів речового права 106

6.3. Право власності в зарубіжних правових системах і тенденції його розвитку. Підстави набуття права власності 110

6.4. Захист права власності в романо-германській та англо-американській цивільно-правових системах 114

6.5. Права на чужі речі у зарубіжних правових системах 117

6.6. Інститут довірчої власності у праві Англії та США 124

Глава 7. Загальні положення про зобов'язання в цивільному праві зарубіжних країн 129

7.1. Поняття та види зобов'язань у континентальній та англо-американській цивільно-правових системах 130

7.2. Множинність та зміна осіб у зобов'язаннях. Припинення зобов'язань 133

7.3. Зміст і виконання зобов'язань у зарубіжних цивільно-правових системах 138

7.4. Юридичні наслідки невиконання зобов'язання чи виконання його з порушенням

умов 143

7.5. Способи забезпечення виконання зобов'язань у цивільному та торговому праві зарубіжних країн 148

7.6. Зобов'язання із заподіяння шкоди в праві ФРН, Франції, Англії та США 157

7.7. Компенсація моральної шкоди в праві зарубіжних країн 164

Глава 8. Договори в цивільному праві зарубіжних країн 169

8.1 Поняття договору в цивільному праві зарубіжних країн. Класифікація договорів 169

8.2. Зміст договору в романо-германській та англо-американській цивільно-правових системах 175

8.3. Умови дійсності та законні підстави договору в континентальному та англо-американському праві 177

8.4. Порядок укладення договору. Оферта й акцепт у цивільному праві зарубіжних країн 183

Глава 9. Спадкове право в зарубіжних цивільно-правових системах 185

9.1. Поняття й загальні положення спадкового права

зарубіжних країн (континентальної та англо-американської системи права) 185

9.2. Спадкування за заповітом у цивільному праві зарубіжних країн 188

9.3. Спадкування за законом у різних цивільно-правових системах 195

9.4. Реалізація спадкових прав у країнах континентальної та англо-американської правових систем 200

Глава 10. Загальні положення сімейного права в зарубіжних цивільно-правових системах 204

10.1. Поняття та умови укладення шлюбу в праві зарубіжних країн 205

10.2. Підстави припинення шлюбу в різних цивільно-правових системах 210

10.3. Права та обов'язки подружжя в континентальному та англо-американському праві 213

10.4. Правовідносини батьків і дітей у зарубіжних цивільно-правових системах 218

Право, як мова чи музика, є нормативним виразом історії, психіки, психології, традицій і культури кожного народу (немає і не може бути двох ідентичних національних правових систем у світі)

К. Осакве

Нині Україна прагне до визнання її повноцінним членом світового співтовариства та здійснює низку послідовних заходів для досягнення цієї мети. Важливим серед них є проголошення пріоритету загальнолюдських цінностей, створення сприятливих умов

для гуманітарного спілкування людей, розширення наукових, ділових, комерційних, туристичних зв'язків. Це спричиняє виникнення різноманітних правовідносин українських громадян і юридичних осіб з громадянами, установами, іншими юридичними особами іноземних держав. Відповідно виникає вірогідність застосування норм іноземного права, але вони навіть за умови типовості чи тотожності життєвих ситуацій можуть по-різному їх врегульовувати. Це ставить юристів перед необхідністю надання громадянам правової допомоги та правової інформації з питань цивільного, зокрема комерційного, спадкового, сімейного права зарубіжних країн.

Знання зарубіжного права необхідні правознавцю в будь-якій сфері його діяльності. Нині в державі йде копітка робота по створенню новітніх законодавчих актів, які більш об'єктивно віддзеркалюватимуть реалії сучасного життя, будуть орієнтовані на потреби громадянського суспільства, в якому діють принципи верховенства права, ринкової економіки, пріоритету особистості, всебічного захисту її прав та інтересів. У багатьох випадках така робота здійснюється з урахуванням досвіду більш розвинених зарубіжних держав, використанням здобутків правової культури країн світу.

У найпрогресивніших зарубіжних країнах досить розвиненими є практично всі основні галузі правового базису, зокрема конституційне, адміністративне, кримінальне право. Однак центральне місце в усіх країнах посідає цивільне право, яке захищає інтереси особистості. Нині воно вважається найбільш розробленою галуззю права, на основі якої здійснюється формування нових галузей, правових інститутів, розділів правових систем тощо. Виняткове значення цивільного права підкреслюють і провідні зарубіжні фахівці. Зокрема, відомий компаративіст Рене Давид відмічає, що істинним правом залишається приватне право, без якого неможливе формування справжнього юриста.

Досконально вивчити цивільно-правові системи всіх зарубіжних країн в одному навчальному курсі, безперечно, неможливо. Досить складно це зробити і стосовно однієї зарубіжної держави, оскільки для цього необхідна не тільки докладна інформація щодо джерел права, правозастосовної практики тощо, але й спеціальна підготовка, яка б дозволила усвідомити методологію правотворення, основні принципи, ідеї права (зокрема цивільного) тієї чи іншої держави, особливості національної правосвідомості, яка виявляється на всіх рівнях регулювання суспільних відносин.

У даному посібнику пропонується розглянути загальну характеристику основних інститутів цивільного права зарубіжних країн на прикладі найбільш яскравих представників двох основних правових систем: Німеччини та Франції (романо-германська правова система) і Англії та США (англо-американська правова система).

Посібник дає загальні уявлення про цивільне та торгове право цих країн, виявляє спільні риси та найбільш характерні елементи окремих цивільно-правових інститутів. Однак під час докладнішого розгляду права кожної окремої країни ці риси можуть

втрачати на загальному тлі специфічних особливостей, оскільки право кожної країни є унікальним.

1.1. Поняття цивільного й торгового права

в зарубіжних країнах

Цивільне право є основою складовою приватного права і системи права в цілому. Приватне право виступає певною макросистемою, яка охоплює сукупність норм щодо визначення статусу та захисту інтересів окремих осіб, які не є фігурантами держави, не перебувають у відносинах влади—підпорядкування щодо одна-одної, рівноправно і вільно встановлюють собі права та обов'язки у відносинах, що виникають з їхньої ініціативи. Разом з тим, поняття «приватне право» не є загальноприйнятим для всіх країн і правових систем сучасного світу; у багатьох країнах узагалі немає поділу права на публічне та приватне.

Так, у країнах англо-американської правової системи не тільки не розглядається внутрішня дихотомія всієї системи права, що дозволяє розмежувати публічне та приватне право, але відсутній і звичний для нас поділ права на галузі, зокрема не виокремлюється галузь цивільного права. Норми, які регулюють майнові та особисті немайнові відносини й належать в інших країнах до системи цивільного права, становлять тут не галузі цивільного чи торгового права, а окремі розділи, інститути, зокрема, договірне право, право власності, деліктне право та ін.

У системах, де такий поділ існує, сфера дії приватного права не завжди співпадає через розбіжності в змісті приватно-правових галузей. Зокрема, інститут неспроможності у Франції є частиною торгового, тобто приватного права, а у ФРН — процесуального, тобто публічного права. Інститут оголошення громадянина померлим у праві країн континентальної правової сім'ї є складовою цивільного права, а в англо-американській має суто процесуальний характер. У зв'язку з цим поняття цивільного права повніше виражає сутність предмета нашого інтересу й розглядається як єдине для всіх правових систем і систем права кожної окремої країни.

Цивільне право є одним з найбільш цікавих правових явищ, яке завжди викликало підвищений інтерес не тільки з боку фахівців правознавців, але й економістів, філософів, соціологів та ін. І це не дивно, адже саме цивільне право відображає рівень розвитку економічної та правової культури суспільства. Воно є юридичною формою існування економічних відносин, опосередковує сферу приватних інтересів кожного члена суспільства й регулює найбільш уніфіковані соціальні відносини в будь-якій країні.

У доктрині зарубіжних країн виділяють такі групи суспільних відносин, які регулюються нормами цивільного права: 1) природні відносини (право осіб): шлюб, припинення шлюбу, фактичні шлюбні стосунки, материнство, батьківство, присвоєння імені, родинні стосунки тощо; 2) відносини економічного характеру: власність, об'єднання майна, передача права власності (речове право); 3) відносини обміну в широкому розумінні, з економічної та соціологічної точки зору (контрактне

право); 4) відносини, що підтримують рівновагу в суспільстві: відновлення порушеного права, відшкодування шкоди (зобов'язальне (деліктне) право). Отже, цивільне право охоплює виняткову за обсягом сферу соціальних зв'язків; фактично воно регулює повсякденне життя людини, впливаючи як на окремих осіб, так і на суспільство в цілому.

Поняття «цивільне право» відоме з часів римської епохи (*ius civile*), коли воно було основним правом римських громадян (*civitas*), яке існувало на протидію праву, що застосовувалося до іноземних громадян (*ius gentium*). Згодом термін «цивільне право» набував ще інших значень, тому на сьогодні в юридичній літературі розглядаються ще такі його історичні тлумачення як: 1) право Римської імперії; 2) право громадянської держави на відміну від права канонічного (церковного); 3) право цивільне на відміну від права військового; 4) право індивідів і фінансових інтересів на протидію праву протизаконних (кримінальних) дій. У порівняльному правознавстві термін «цивільне право» може застосовуватися в значенні права національного на протидію публічному міжнародному або в значенні романо-германського права, тобто права, що існує в межах даної правової системи, на відміну від англо-американського. Звичайно, найбільш поширеним і прийнятним для вітчизняної правової системи є розуміння цивільного права як «права поточного життя», права звичайних суспільних відносин, які стосуються всіх індивідів від початку до кінця життя; як системи норм, яка регулює майнові та особисті немайнові відносини між юридично рівними учасниками.

Цивільне право розглядається і як право громадян, що відрізняється від права підприємців — комерційного чи торгового. Торговим правом вважається система норм, яка регулює організацію професійної торгової діяльності в широкому значенні цього поняття, тобто яка застосовується до торгівлі, промисловості, фінансової діяльності, іншими словами — професійної комерційної діяльності. Воно охоплює різноманітні сфери підприємницької діяльності та визначає загальний статус комерсанта, юридичне поняття торгового капіталу, принципи організації підприємств, їх об'єднань та ін.

Отже, цивільне право в широкому його розумінні практично можна було б ототожнити з приватним правом. Однак у деяких країнах прийнятий розподіл приватного права на цивільне та торгове (дуалізм приватного права).

У зарубіжній доктрині дуалізм приватного права традиційно розглядається як відокремлення норм, які регулюють комерційну (торгову) діяльність, від загальних норм цивільного права. Дуалізм існує на протидію монізму, за якого норми торгового обороту підпорядковані цивільному праву та вмонтовані в його систему. Формально зазначений дуалізм проявляється, насамперед, у наявності двох відносно самостійних систем джерел права, тобто одночасному існуванні цивільних і торгових кодексів. Однак феномен дуалізму приватного права значно глибший, аніж сама проблема співіснування таких кодексів; він може існувати навіть у некодифікованій правовій системі.

Фахівці класифікують дуалізм приватного права на два види: класичний, що

виявляється в паралельному існуванні двох незалежних систем приватного права — цивільного й торгового, та квазідуалізм, який виявляється лише на формальному рівні — в існуванні двох кодексів (цивільного й торгового) за єдиної системи приватного права.

У деяких країнах функціонують особливі торгові суди, що розглядають спори між підприємцями. Інші держави, навпаки, відмовилися від системи двох автономних кодексів і прийняли єдині цивільні кодифікації (Італія). У державах, де торгове право вважається самостійною галуззю права, існує досить складна проблема відмежування його від цивільного. У законодавстві західних країн ця проблема вирішується через визначення кола осіб, що визнані комерсантами (підприємцями), а також кола угод, які вважаються торговими.

Торгове право ґрунтується на положеннях цивільного і є по відношенню до нього спеціальним, є гілкою цивільного права, яка відокремилася в самостійну структуру. Саме тому розглядати положення торгового (комерційного) права слід на основі цивільного, норми якого є загальними й застосовуються і до торгових відносин, не врегульованих нормами торгового права.

До основних інститутів торгового (комерційного) права зарубіжних країн належать: морське право, право власності комерсантів, банківське право, право інтелектуальної власності, зобов'язальне право з участю комерсантів, право банкрутства та неспроможності, право цінних паперів, страхування, комерційної реклами, антимонопольне (право конкуренції), транспортне право, захисту прав споживачів, фінансове право, право довірчого управління майном (довірчої власності — трасту).

Домінуюча роль цивільного права як системи норм, що регулюють майново-вартісні відносини та особисті немайнові відносини, які виникають з приводу духовних благ і пов'язані з особистістю їх учасників, нині безумовно визнана в усіх сучасних правових системах. Оскільки саме через його інститути, як вважають провідні вчені в галузі теорії права, реалізується «природне право свободи» особистості.

1.2. Поняття цивільно-правової

системи (сім'ї) та її основні складові.

Рецепція римського приватного права

Підвищений інтерес саме до цивільного права зумовлений ще й особливим процесом його формування: оскільки на певному етапі соціально-економічного розвитку кожне суспільство переживає типові умови, оскільки цивільне право кожної нової країни, з одного боку, врегульовувало аналогічні суспільні відносини схожими методами й нормами, а з іншого — відчувало вплив уже існуючих правових систем.

Звичайно, існує ряд країн, в яких система приватного права утворювалася самостійно під впливом певних економічних умов. Однак більшість держав під час їх виникнення та в процесі формування цивільного права все ж відчували істотний вплив більш розвинених систем. Основним способом такого впливу було

запозичення вже існуючих і вивіrenих суспільною практикою іншої держави правових конструкцій. Вважається: що більше країн вступало на шлях правового розвитку, то менше національних особливостей мало їхнє цивільне право. Відповідно до того, право якої країни (системи) превалювало в процесі запозичення тих чи інших правових інститутів, у конкретній країні формувалася певна система цивільного права. Унаслідок цього в різних країнах світу застосовуються однакові засоби цивільно-правового регулювання суспільних відносин, існують подібні системи джерел цивільного права, сформувалися схожі за певними ознаками системи цивільного права. У юридичній літературі такі країни умовно об'єднують у певні цивільно-правові системи (сім'ї), або ж виділяють аналогічні системи цивільного права .

У доктрині розвиваються й дещо інші погляди на це питання. Зокрема, деякі з українських вчених вважають, що навіть сам термін «приватне право» слід уживати з певними застереженнями, а правильніше було б говорити не про приватне право певної країни чи систему приватного права, а про традицію приватного права. Останню слід розглядати як «правові цінності, категорії, інститути, норми, що протягом століть свідомо передаються від покоління до покоління» . Відповідно будь-який поділ держав на певні групи за цією підставою буде дуже умовним, оскільки неможливо врахувати розмаїття існуючих у всіх країнах особливостей традицій (систем) приватного права.

Уведення поняття «цивільно-правова система» поряд з традиційно існуючим поняттям «правова система (сім'я)» вважається доцільним, оскільки, незважаючи на те що види цивільно-правових систем збігаються за назвами з видами відповідних правових систем (сімей) сучасного світу, не завжди країна з певною системою цивільного права належатиме до відповідної за назвою правової сім'ї. Зокрема, Канаду безумовно віднесено до англо-американської правової сім'ї, однак у ній діє змішана цивільно-правова система, яка має ознаки як англо-американської, так і романо-германської систем цивільного права; Японія належить до традиційної правової сім'ї, однак цивільне право цієї країни розвивається за романо-германською концепцією.

Цивільно-правова система (сім'я) — це об'єднання кількох держав за ознакою єдності основних закономірностей цивільно-правового регулювання суспільних відносин, що здійснюється

в них.

Поняття цивільно-правової системи є похідним від поняття правової системи в широкому розумінні. Цивільно-правова система є об'єднанням вужчого рівня, аніж правова система взагалі. Разом з тим вона є самостійним утворенням, а тому її характеристика може не збігатися з рисами правової системи в цілому. Так, зокрема, право колишнього СРСР, у тому числі й УРСР, відносили до так званої системи соціалістичного права, однак цивільне право цієї держави завжди було близьким до континентальної системи (германської підсистеми).

Розрізняють цивільно-правові системи за допомогою певних ознак, які відображають їхній характер, та факторів, які впливають на нього (складові цивільно-правової системи). Для визначення приналежності тієї чи іншої держави до певної цивільно-правової системи беруть за основу не зміст конкретних правових норм, а більш сталі (і більш загальні) елементи, за якими з урахуванням особливостей права цієї держави можна визначити характерні риси, притаманні її цивільно-правовій системі.

Такими складовими є:

- 1) джерела цивільного права, їхній склад і співвідношення між собою; (які саме форми офіційного вираження цивільно-правових норм прийнято в даній державі; які з них є визначальними, які другорядними; їх взаємозалежність, пріоритетність застосування на практиці тощо);
- 2) структура цивільного права (розподіл норм за окремими правовими інститутами (підгалузями); перелік і зміст цих правових інститутів (основні: право про особи, речове, зобов'язальне, сімейне, спадкове, виключні права);
- 3) концепція регулювання приватно-правових відносин (хара-ктер відносин держави й особи; сукупність засобів впливу на суспільні відносини);
- 4) правозастосовча практика (судова, адміністративна, конституційна); її значення для розвитку цивільно-правової системи;
- 5) доктрина (сукупність поглядів на цивільне право, знань про нього й практику його застосування);
- 6) ступінь впливу на систему цивільного права римського приватного права (чи відсутність такого впливу) .

Названі елементи мають досить загальний характер, оскільки право кожної країни є унікальним і суттєво відрізняється від права будь-якої іншої держави. Розглядаючи особливості тієї чи іншої цивільно-правової системи, слід також враховувати, що право різних країн як таке сформульоване різними мовами, використовує надзвичайно різноманітну техніку нормотворення та створювалося для суспільств з різними структурами, уподобаннями, моральними, етичними, релігійними нормами тощо. Самі норми цивільного права в такому разі можуть бути надзвичайно різноманітними, однак способи й принципи їх творення, систематизації, тлумачення, застосування виявляють їхню належність до певного типу. Тому цивільно-правові системи створюються не на ґрунті мовної спорідненості, спільності культур чи географічного розташування, а за спільністю рис, що визначаються за перерахованими критеріями.

Одним із суттєвих критеріїв, за якими визначається приналежність певної країни до конкретної цивільно-правової системи,

є ступінь впливу римського приватного права на систему цивільного права цієї держави. Романо-германська цивільно-правова система, зокрема, заснована на

римському приватному праві, при цьому романська підсистема формувалася виключно під його пріоритетним впливом, а германська — також і під впливом германського звичаєвого права. Фахівці називають римське право «материнським» стосовно континентального (європейського), розглядають його як елемент минулої цивілізації, як універсальне, загальне право, попередник пізніших систем європейського права, а західноєвропейську та східноєвропейську традиції приватного права, які нині існують і розвиваються, — як дочірні щодо римського.

Єдиної думки щодо впливу римського приватного права на англо-американську правову систему в науці не існує. Деякі вчені заперечують будь-яке значення римського приватного права для розвитку англійського та американського національного права. Інші (їх більшість) — вважають такий вплив беззаперечним, оскільки римське право є найвищим досягненням правової культури й одним з найцінніших здобутків людської цивілізації.

Рецепцією в праві називають запозичення однією державою більш розвиненого права іншої держави. Рецепція римського права — це запозичення римського права рядом західноєвропейських країн, починаючи з XII століття, особливо в XV—XVI ст.; засвоєння римського права як чинного в Західній Європі в Середньовіччі та за Нових часів. Деякі фахівці вважають, що оскільки йдеться про право вже неіснуючої країни, то слід говорити не про запозичення норм римського права, а про його відродження — сприйняття духу, основних принципів і положень римського права в сучасних умовах.

Історично рецепція римського права здійснювалася в різноманітних формах: створення спеціальних законодавчих збірників, заснованих на текстах римського права; вивчення та створення шкіл нового тлумачення текстів кодифікованих актів римського права (Зводу Юстиніана) — шкіл глосаторів та постглосаторів; філософське пізнання римського права; логічне, а також філологічне та історичне тлумачення його норм та ін.

Відродження римського приватного права в Західній Європі було започатковане в університетах вченими-юристами й не мало на меті безпосереднє сприйняття на практиці його норм. Була відновлена концепція, згідно з якою право є основою суспільного порядку та яка виявляє цінність права, його незамінну роль у державі. Особливого успіху в цьому досягли відомі французькі романисти Куяцій та Донелл (XVI ст.), які започаткували систематичні твори з римського права й дали чудове тлумачення багатьох його текстів. Продовжуючи їхні ідеї, Жан Дома у XVII ст. розробив на основі римського права систему французького права; а праці Робера Жозефа Пот'є (XVIII ст.) були покладені в основу Кодексу Наполеона (Французького цивільного кодексу 1804 р.).

У Німеччині також послідовно затвердилося орієнтоване на практичні потреби життя трактування кодифікованих актів римського права (Дігестів Юстиніана). Основний розвиток цивільного права, який у подальшому втілювався в Німецькому цивільному уложенні (кодексі) 1900 р., визначила школа пандектів.

Цивільні та торгові кодекси континентальної системи, як вважається, поклали кінець рецепції римського приватного права та стали виразом остаточного засвоєння основ римського права сучасністю. Нині римське право (у т.ч. й осучаснене) безпосередньо не застосовується в жодній країні. Однак значення його настільки важливе, що воно зберігає свій авторитет не тільки як історична пам'ятка, що підлягає вивченню. Римське походження має більшість основних цивілістичних термінів і категорій; аналогічно регламентуються деякі правові інститути; отже, застосовуються певні види та форми його рецепції.

До форм рецепції римського приватного права в широкому її розумінні належать:

? вивчення римського права у ВНЗах як юридичної дисципліни з метою формування світогляду майбутніх фахівців;

? вивчення римського права як досягнення світової культури;

? вивчення, аналіз і тлумачення джерел римського приватного права;

? безпосереднє сприйняття норм і положень римського приватного права;

? використання норм римського приватного права (його джерел) як взірця при створенні нормативно-правових актів (особливо кодифікованих);

? використання римсько-правової методики утворення нормативно-правових актів або практики їх застосування;

? сприйняття та використання основних засад, принципів, ідей і категорій римського приватного права.

На практиці рецепція римського права здійснюється не в одній, окремо визначеній формі, а в їхній сукупності й взаємодії.

Види рецепції римського приватного права:

Пряма (безпосередня) рецепція — безпосереднє сприйняття ідей, правових пам'яток римського приватного права певною цивілізацією (застосовувалася дуже рідко; зокрема, пряму рецепцію застосувала лише Візантія).

Опосередкована (похідна) рецепція — запозичення окремих ідей, принципів, положень із правової системи певної країни, яка вже запозичила їх з римського приватного права, тобто застосувала рецепцію раніше. Так, деякі країни запозичили положення Кодексу Наполеона (Французького цивільного кодексу) або Германського цивільного уложення (Німецького цивільного кодексу).

Латентна (прихована) рецепція — запозичення принципів римського приватного права в процесі правотворчості, при офіційному проголошенні відмови від застарілого права (прикладом є кодифікація цивільного законодавства колишнього СРСР).

У будь-якому разі рецепція римського приватного права не означає нав'язування певного римського правового рішення; йде-ться про розуміння права, його сутності через призму його норм, принципів методів і принципів правозастосовчої діяльності

римських юристів.

1.3. Основні цивільно-правові системи

сучасного світу та тенденції їх розвитку

У сучасному світі існує велика кількість правових систем, і в тому числі різноманітні й самобутні цивільно-правові системи. У вітчизняній юридичній літературі вони класифікуються на основі наведених вище елементів і зводяться до таких видів: романо-германська (континентальна, її ще називають системою цивільного права); англо-американська; мусульманська; патріархальна (традиційна); далекосхідна; центральноєвропейська; східноєвропейська.

Основними з них вважаються романо-германська та англо-американська, які й стануть предметом нашої уваги. Щодо східноєвропейської та центральноєвропейської цивільно-правових систем, до яких належать країни колишнього «соціалістичного табору», то фахівці висловлюють припущення щодо непередбачуваності результатів розвитку нового права цих систем, на яких істотно позначився вплив «соціалістичного» періоду існування. Однак за багатьма ознаками вони тяжіють до романо-германської цивільно-правової системи й переймають тенденції її розвитку.

Звичайно, тій чи іншій цивільно-правовій системі, як вже зазначалося, не відповідає жодна чітко окреслена територія земної кулі. Країни, істотно віддалені за географічним розташуванням, можуть належати до однієї цивільно-правової системи, оскільки це поняття використовується з метою встановити спільні та відмінні риси систем діючого цивільного права.

Нині визначені цивільно-правові системи світу представлені такими країнами:

Континентальна: майже всі країни Європи (за винятком Англії); багато країн Латинської Америки, Японія (частково), Китай (частково); колишні колоніальні країни, які сприйняли систему своєї метрополії.

Її поділяють на дві підсистеми:

— романська: Франція, Бельгія, Італія, Іспанія, Нідерланди, Аргентина, Колумбія, Венесуела, Єгипет (частково);

— германська: ФРН, Швейцарія, Австрія, Японія, Бразилія, Перу.

Англо-американська: Англія, США, Австралія, Канада, Нова Зеландія, частково Індія. У Канаді, Шотландії, штаті Луїзіана (США) — діє змішана цивільно-правова система.

Мусульманська: країни Близького й середнього Сходу: Саудівська Аравія, Лівія, Пакистан, Єгипет, Сирія, Мавританія, окремі республіки колишнього СРСР (Узбекистан, Киргиз-стан).

Патріархальна: Океанія, Індокитай, Індонезія, Заїр, Індія, Малайзія, деякі країни Африки.

Далекосхідна: Китай, Японія (але вона трансформується в континентальну).

Центральноевропейська: Угорщина, Словаччина, Словенія, Польща, Чехія, Хорватія.

Східноєвропейська: Болгарія, Румунія, Сербія, Білорусь, Російська Федерація, Україна.

В юридичній літературі наводяться й інші класифікації, які дещо відрізняються від традиційних. Вони засновані на загальній класифікації правових сімей сучасного світу як сукупності національних правових систем на ґрунті спільних ознак і рис. Зокрема, виділяють дві їх великі групи — релігійну та нерелігійну. У релігійних розрізняють системи: мусульманського (ісламського) права, єврейського (іудейського) права, канонічного права (католицької церкви), права Хінду (Індія). У нерелігійних правових системах виокремлюють системи західного права, квазізахідного та незахідного. Незахідним вважається південно-східне азіатське та африканське звичаєве право; квазізахідним — колишнє соціалістичне право, яке перебуває на стадії переходу до континентального права (країни СНД, Балтії, колишньої Східної Європи; Китай, Лаос, КНДР, Куба, Ангола, Мозамбік та ін.). До західного права відносять системи: романо-германського (цивільного) права (заснована на римському приватному праві), англо-американського (загального) права (заснована на праві загальному та праві справедливості), окремо виділяють скандинавське (північно-європейське) право (Норвегія, Швеція, Фінляндія, Данія, Ірландія).

Враховуючи особливості правових систем, які формуються відповідно до названих правових сімей, у романо-германській системі виділяють підсистеми: романську (Франція, Італія, Іспанія, Португалія, Бельгія, Люксембург, Голландія, Монако, Турція, Латинська Америка, Сенегал, Малі та ін.), германську (Німеччина, Швейцарія, Австрія, Греція та ін.).

Квазізахідну систему представляють країни СНД, Балтії та колишньої Східної Європи. Щодо останніх вважається, що спільних ознак, споріднюючих особливостей, які б давали підстави визнати їх відокремленою підсистемою в межах романо-германської цивільно-правової системи, у них немає. Однак усі вони цілеспрямовано розвиваються в напрямку приєднання до континентальної цивільно-правової системи, тому їх умовно об'єднують в єдину групу.

В англо-американській правовій системі розрізняють також англійську (Англія, Ірландія, Канада, Австралія, Нова Зеландія, Індія, Нігерія, Гана, Пакистан, Сьєрра-Леоне, Бангладеш та ін.) та американську (США за винятком Луїзіани та Пуерто-Ріко).

Ряд країн відносять до змішаної правової системи (гібрид романо-германської та англо-американської), яка сформувалася на основі римського права під значним впливом загального права (штат Луїзіана США, провінція Квебек Канади, Пуерто-Ріко, Шотландія, ПАР, Лесото, Шрі-Ланка, Зімбабве, Філіппіни та ін.).

Загальними тенденціями розвитку існуючих цивільно-правових систем світу нині є:

1) уніфікація національних цивільно-правових систем; 2) збагачення внутрішнього змісту національного цивільного права; 3) збереження національних традицій права (звичаїв і звичаєвостей); 4) різний рівень уніфікації в різних країнах, регіонах і різний ступінь уніфікації різних цивільно-правових інститутів. Для сучасного цивільного права найбільш виразною є тенденція до уніфікації національних правових систем при постійному збагаченні їхнього внутрішнього змісту. Уніфікація правової системи певної держави здійснюється через уніфікацію правових норм і практики їх тлумачення й застосування.

Важливу роль відіграє і наближення методів правового регулювання: застосовуються методи й засоби, які раніше не були притаманні даній цивільно-правовій системі. Так, у країнах континентальної Європи зростає роль судової практики, яка раніше взагалі не розглядалася як джерело права. Закони багатьох країн забороняли суддям виносити рішення у вигляді загального розпорядження, яке б мало нормотворчий характер. Закони ж, що діють у сфері цивільного та торгового права, часом містять невизначені терміни: так звані «каучукові» норми, тлумачення яких повністю віддане на розсуд судді. Наприклад, закон встановлює принципи добросовісності, розумності, моральності, не окреслюючи їх тлумачення чи розуміння. Разом з тим, суддя не вправі відмовити в розгляді справи, посилаючись на неточність закону чи відсутність у ньому відповідної правової норми. Це призвело до необхідності суддям давати розширені тлумачення закону, межі яких досить складно визначити. Унаслідок таких дій суддів фактично створюються нові норми й навіть цілі інститути, і виникає так зване «суддівське право», яке відіграє роль джерела права.

У країнах прецедентного права зростає роль закону, що пояснюється істотним ускладненням правовідносин сучасних суспільств. Норма права дедалі більш однаково розуміється в країнах англо-американської та романо-германської цивільно-правових систем. Отже, по суті в обох системах із певних питань приймаються однакові або схожі рішення, які ґрунтуються на ідеї справедливості. Суттєвий вплив на розвиток права, зокрема торгового, країн різних цивільно-правових систем, здійснює американське право (антитрестівське законодавство, інститут довірчої власності).

В останні десятиліття у зв'язку з розвитком міжнародної торгівлі відбувається поступове зближення англо-американської та континентальної цивільно-правових систем, які існують в країнах Західної Європи. Важливу роль у цьому питанні свого часу (у 1972 році) відіграв вступ Великобританії до ЄЕС. Нині цей процес стимулюється формуванням єдиної системи в рамках ЄС та усвідомленням близькості європейських країн, єдності системи цінностей західної цивілізації.

Не складно визначити місце українського цивільного права серед цивільно-правових систем сучасності. Як відомо, з 1917 р. в юридичній літературі завжди виділялися особливості СРСР і його республік, у тому числі й України, як права нового соціалістичного типу, покладаючи в основу не сутність самого права, а його економічний зміст та ідеологічні гасла. Проте аналіз цього права свідчить про те, що

так зване «соціалістичне» право не могло бути самостійною цивільно-правовою системою, оскільки єдиною його відмінною рисою був надмірний вплив публічно-правових засад. Ця риса притаманна багатьом державам перехідного періоду.

В останні роки в Україні йде відродження справжніх цивільно-правових норм, яке уособлюється в новітньому законодавстві, зокрема в новому Цивільному Кодексі України, аналіз якого ви-являє генетичний зв'язок українського цивільного права з континентальним. Увесь розвиток сучасного українського цивільного законодавства свідчить про тенденцію посилення його зближення з романо-германським правом. Нині ж за всіма ознаками Україна належить до Східноєвропейської цивільно-правової системи.

Водночас, як і всі інші країни, Україна відчуває і вплив англо-американської системи права. Зокрема, це проявляється у визнанні ролі судової практики, зростанні правового значення керівних роз'яснень Пленуму Верховного Суду України та Вищого господарського суду, урізноманітненні джерел цивільно-правового регулювання суспільних відносин.

1.4. Загальна характеристика

континентальної (романо-германської)

цивільно-правової системи

До романо-германської цивільно-правової системи, як вже зазначалося, належать країни континентальної Європи, а також деякі з країн Латинської Америки, (що, безумовно, пов'язане з колишньою колоніальною політикою європейських держав). Елементи цієї цивільно-правової системи присутні також у праві канадської провінції Квебек, американському штаті Луїзіана, де діють цивільні кодекси, побудовані за французькою моделлю. Певною мірою елементи континентального цивільного права поширилися в окремих країнах Африки, де межі їх застосування визначаються традиційним правом. Континентальне цивільне право суттєво вплинуло на розвиток права Японії, яке, переважно, розвивалося ізольовано від європейської правової культури, тому має свої особливості.

Формування романо-германської цивільно-правової системи історично (починаючи з XIX ст.) здійснювалося, головним чином, через сприйняття норм римського права та в результаті його творчого опрацювання і розвитку. Хоча сам процес рецепції римського приватного права відбувався по-різному в різних країнах і навіть регіонах однієї країни. Найбільш пізньою вважається рецепція римського права в Німеччині, де досить довго зберігалася роздрібненість країни.

Особливу роль у створенні романо-германського цивільного права відіграло й право канонічне. Значне місце в процесі його формування посідає доктрина: вчені (викладачі права) університетів, що діяли в Європі вже починаючи з XII ст., на основі римського права зводили роздрібнені звичаї до логічної системи, прийнятної для нових соціальних реалій. Така переробка пройшла стадії шкіл глосаторів, постглосаторів і призвела до створення школи природного права.

На сьогодні в системі простежується чіткий розподіл права на публічне (стосується інтересів усього суспільства і держави в цілому) та приватне (стосується лише інтересів приватних, юридично рівних осіб). Приватне право поділяється на цивільне (регулює відносини між громадянами) і торгове (регулює відносини між підприємцями), тобто існує дуалізм приватного права, який поступово втрачає колишнє значення. Вважається, що збереження торгових кодексів не має сенсу, оскільки сучасні підприємницькі відносини надзвичайно ускладнені й дедалі більше регулюються окремими законами, а цивільне право в усіх економічно розвинених країнах настільки злилося з торговим, що практично немає випадків, коли б торгові зобов'язання регламентувалися інакше, аніж цивільні. У Швейцарії, наприклад, ще в 1881 р. було видано Зобов'язальний кодекс, до якого були включені і цивільні, і торгові зобов'язання; цей кодекс зберігає свою чинність і після прийняття Цивільного кодексу. В Італії в 1942 році цивільне та торгове право були з'єднані в єдиному Цивільному кодексі. Однак торгове право як таке існує окремо і викладається в університетах названих країн як самостійна дисципліна. Суттєвим явищем у цій правовій системі на сьогодні є перетворення торгового права в господарське, яке містить також приписи політичного та соціального спрямування, унаслідок чого в ньому поєднуються елементи приватного й публічного права.

Право в романо-германській цивільно-правовій системі розглядається насамперед як засіб регулювання відносин між громадянами. Тому цивільне право було і залишається основою правової системи й науки; інші галузі права були розроблені значно пізніше та є менш досконалими порівняно з цивільним. Найбільше значення надається нормам права, які розглядаються як норми поведінки, що відповідають вимогам справедливості та моралі.

Відповідно сутність цієї цивільно-правової системи полягає в тому, що певні життєві ситуації розглядаються з погляду доктрини та підлаштовуються під неї: створюється загальний ідеальний принцип, за допомогою якого будуть регулюватися суспільні відносини.

Саме тому провідну роль як джерел цивільного права відіграють закони, верховенство яких є одним з фундаментальних принципів правової системи в цілому. У країнах, що належать до романо-германської цивільно-правової системи, діють кодекси, які є основами галузей цивільного (Французький цивільний кодекс, Німецький цивільний кодекс, Швейцарський цивільний кодекс, Цивільне уложення Австрії та ін.) або торгового права (Французький торговий кодекс, Німецький торговий кодекс). У цих країнах приймаються й діють також спеціальні закони з окремих питань (Закон про торгові товариства (Франція), Закон про загальні умови договорів (ФРН) тощо).

Звичаї вважаються джерелами права однак мають другорядне значення.

Судова практика у більшості країн формально не є джерелом права (за винятком Швейцарії), а якщо визнається таким, то тільки щодо відносин, які не врегульовані або недостатньо врегульовані законом. Нині в багатьох країнах так зване «судове право» вважається допоміжним джерелом права.

Прецедент не є джерелом права; рішення суду в конкретній цивільній справі є обов'язковим виключно для сторін, що беруть участь у цій справі.

Германську та романську підсистеми виділяють залежно від того, законодавство якої країни взяте за основу: Франції (романська) чи Німеччини (германська). Вони мають багато спільного, разом з тим відрізняються, зокрема, наявністю в германському праві значної кількості публічно-правових елементів (засобів)

у регулюванні відносин між приватними особами, що не притаманне романській підсистемі; різною структурою системи цивільного права (цивільних кодексів) та ін. Структура кодексів у романській підсистемі — інституціональна (кодекс складається з конкретних правових інститутів); у германській підсистемі — пандектна (первісно складалася зі зведених коментарів норм римського права, нині містить норми, які стосуються всіх інститутів цивільного права й створюють так звану загальну частину, та окремі інститути, що становлять особливу частину).

Основними цивільно-правовими інститутами є правосуб'єктність осіб, сімейне право, речове право, зобов'язальне право, спадкове право, право інтелектуальної власності.

Континентальне право розрізняє поняття правоздатності та дієздатності (в деяких країнах також деліктоздатності) фізичних осіб; визнає за всіма учасниками цивільних правовідносин рівну правоздатність, яка за загальним правилом не може бути обмежена; виділяє різні ступені (види) дієздатності залежно від віку та стану здоров'я; визнає за неповнолітніми, які досягли певного віку, право на самостійне укладення певних видів угод; допускає можливість визнання особи безвісно відсутньою чи померлою (ФРН) або встановлення презумпції чи оголошення громадянина безвісно відсутнім (Франція).

Закони цих країн досить детально врегульовують статус юридичних осіб. У доктрині докладно розроблені питання сутності

(в т.ч. теорії) юридичної особи, її ознак, правоздатності та класифікація юридичних осіб. Основним є поділ юридичних осіб на спілки (корпорації) — об'єднання осіб і (або) капіталів, до них відносять певні види торгових товариств; та установи — організації, що створюються на основі майна, яке передається одними особами іншим для управління з умовою дотримання певних цілей в інтересах осіб, які не є власниками, членами чи управляючими (дестинаторів). Статус установи мають різноманітні благодійні, релігійні, інші громадські організації, деякі державні підприємства та ін.

Інститут речових прав охоплює норми про права на свої речі (у т.ч. право власності) та права на чужі речі. Основним є право власності, яке врегульоване найбільш докладно. Відповідно до нього проголошується абсолютність і недоторканність власності, виключність повноважень власника, які здійснюються ним на власний розсуд, незалежно, повною мірою; перелік повноважень власника (володіння, користування, розпорядження, одержання доходу тощо), які закріплюються в законі, не є вичерпним; право власності захищається законом. До прав на чужі речі можна

віднести сервітути, емфітевзис, заставні права, довірче управління майном та ін.

Зобов'язання класифікуються за підставами виникнення на договірні, з односторонніх угод, з безпідставного збагачення,

з ведення чужих справ без доручення та деліктні (виникають із заподіяння шкоди) і квазиделіктні (Франція). Відповідальність, як у межах договірних відносин, так і поза ними, ґрунтується на принципі вини. У деліктній відповідальності допускаються винятки з цього правила, якщо це передбачено спеціальною нормою закону.

Норми спадкового права країн, що належать до романо-германської цивільно-правової системи, також містяться у відповідних розділах цивільних кодексів. Розрізняють спадкування за законом відповідно до черговості (за розрядами (Франція), за парантелами (ФРН), а також за заповітом, який може складатися в різних формах (власноручний, письмовий, урочисто проголошений у присутності нотаріуса, таємний тощо). За загальним правилом спадкоємці успадковують і майнові права, і майнові обов'язки спадкодавця; у деяких випадках вони можуть бути звільнені від відповідальності за борги спадкодавця.

Норми сімейного права в країнах романо-германської цивільно-правової системи вміщено, як правило, у спеціальних розділах цивільних кодексів; однак майнові відносини подружжя можуть регулюватися нормами інших цивільно-правових інститутів (речового права). На сьогодні не існує єдиної для всіх країн концепції шлюбу, який розглядається доктриною або як договір, або як статус, або як партнерство. Укладення шлюбу здійснюється або тільки у світській формі (реєстрація в державних органах: ФРН, Франція, Швейцарія, Японія), або альтернативно — у світській чи релігійній формі (Італія, Іспанія). Умовами укладення шлюбу є: приналежність до різних статей, досягнення шлюбного віку (як правило, шлюбний вік жінок (у більшості — 16 років) нижчий, аніж чоловіків (у більшості — 18 років), допускається зниження шлюбного віку за наявності поважних причин); а також згода обох із подружжя на шлюб. Перешкодами до укладення шлюбу є порушення принципу моногамії (одношлюбності); наявність родинних відносин (Франція та ФРН — до третього ступеня по боковій лінії включно), а в деяких випадках і свояцтва (Франція), усиновлення або певні види захворювань (душевні хвороби); нетривалий час після розірвання попереднього шлюбу чи смерті чоловіка (ФРН — до 10 місяців, Франція — до 300 днів). Припинення шлюбу в усіх країнах або відбувається в разі смерті одного з подружжя, або здійснюється за ускладненою процедурою розірвання шлюбу; як правило, закон містить вичерпний перелік випадків, коли розлучення можливе. Майнові відносини чоловіка й дружини можуть регулюватися на основі договору між подружжям (договірний режим) або згідно з законодавством (легальний режим). Відносини батьків і дітей ґрунтуються на принципах батьківської влади (авторитету), рівності прав та обов'язків батьків щодо дитини, обов'язків батьків представляти та захищати інтереси дитини й утримувати її до досягнення повноліття. Праву цих країн відомий інститут опіки та піклування.

В останні роки романо-германська цивільно-правова система переживає нову віху розвитку, яка безпосередньо пов'язана з розвитком європейського права,

формуванням єдиного європейського правового простору.

1.5. Загальна характеристика

англо-американської цивільно-правової системи

До англо-американської цивільно-правової системи належать насамперед Англія та Уельс (на Північну Ірландію, Шотландію, острови Ла-Маншу та острів Мен англійське право не поширюється), а також США, Канада, Австралія, Нова Зеландія та інші країни, у правові системи яких було перенесено відповідно модифіковане англійське право. Очевидно, що система англо-американського права (у т.ч. й цивільного) також одержала досить широке поширення у світі як внаслідок колонізації, так і внаслідок добровільної рецепції. Розрізняють європейське загальне право (Англія, Ірландія) та неєвропейське .

У неєвропейських країнах (деякі мусульманські, Індія) ця система була перейнята частково. Цивільно-правові системи США та Канади мають істотні відмінності від права англійського. Специфіка права США, порівняно з англійським, насамперед обумовлена федеральним устроєм цієї держави. Цивільне право США має більше спільних рис з романо-германським правом .

В основі англо-американської цивільно-правової системи є загальне право (common law), яке виникло в результаті діяльності королівських судів, і право справедливості (equity), що склалося внаслідок діяльності суду канцлера. Нині діє єдина система судів, а загальне право та право справедливості об'єднані в систему прецедентного права — систематизованого зібрання рішень судів вищих інстанцій, застосування яких є обов'язковим в аналогічних справах. Судовий прецедент відіграє провідну роль серед джерел в англо-американській цивільно-правовій системі.

Поряд з цим діє статутне право, що видається парламентом. Однак закони не мають такого значення, як у романо-германській цивільно-правовій системі, хоча формально посідають перше місце в ієрархії джерел. Немає кодифікованих актів цивільного законодавства — цивільних кодексів. Закони, які приймаються в цій сфері, регулюють окремі види правовідносин, стосуються, як правило, спеціальних питань або окремих правових інститутів (юридичних осіб, сім'ї та шлюбу, права власності, купівлі-продажу та ін.).

Джерелами права також є звичаї, які з часом стають нормами прецедентного права, та ділові звичаєвості, а також доктрина, яка формується під впливом практики внаслідок узагальнень окремих прецедентів.

Питання про рецепцію римського приватного права англо-американською цивільно-правовою системою є спірним. У науці сформовані дві протилежні точки зору. Прибічники першої вважають, що ця система сформувалася самостійно й незалежно від впливу римського права, інші — що рецепція застосовувалася в особливій формі запозичення методології правотворчості римських юристів, зокрема преторів, які творили норми на основі практики й відповідної до її потреб; крім того, сам дуалізм

судової системи, який існував (загальне право та право справедливості), схожий на дуалізм цивільного й преторського права в межах римського приватного .

В англо-американській цивільно-правовій системі відсутній розподіл права на публічне та приватне. Немає також закінченої системи актів цивільного законодавства, і важко говорити про чітке окреслення галузі цивільного права; правильніше було б вести мову про наявність окремих цивільно-правових інститутів. У сфері цивільного й торгового права існує сукупність узагальнених прецедентів, які формують правові норми на основі конкретних казусів.

Правовий статус осіб у цивільних правовідносинах визначається через правосуб'єктність (*legal capacity*). Поняття правоздатності та дієздатності не розмежовуються, однак практика розрізняє пасивну та активну правоздатність, які за змістом відповідають цим поняттям. Принципами цивільної правоздатності є формальна рівність усіх громадян, неприпустимість позбавлення правосуб'єктності (вона виникає у кожного з народженням та припиняється в разі смерті). Англо-американська цивільно-правова система не знає інституту визнання безвісно відсутнім чи оголошення померлим; питання про віднесення особи до таких, що померли, є суто процесуальним, може поставати лише тоді, коли вирішується доля конкретного зобов'язання.

Інститут юридичної особи найбільш розвинений у нормах щодо статусу компаній (корпорацій). Основними видами юридичних осіб є товариства (*partnerships*) і компанії (Англія) або корпорації (США). Товариства поділяють на види залежно від характеру відповідальності їх учасників перед третіми особами. Не всі види товариств визнаються юридичними особами. В англо-американському праві немає поняття установи; відповідні цілі реалізуються корпораціями, які можуть бути і неприбутковими, або через інститут довірчої власності.

Англійське та американське право не містять й інституту речових прав у тому вигляді, який існує в романо-германській системі; немає і розподілу прав на свої та чужі речі. Усі такі права розглядаються як право власності; останнє трактується дуже широко й охоплює, зокрема, відносини інтелектуальної власності, права вимоги щодо одержання певних коштів та ін. Тлумачення власності в цій системі суттєво відрізняється від відповідного поняття в континентальній цивільно-правовій системі. Англо-американське право допускає існування так званої «розщепленої» («розділеної») власності: обсяг і зміст правомочностей власника, які належать кільком особам щодо однієї й тієї ж речі, може визначатися угодою між ними (волею учасників). До того ж таке «розщеплення» правомочностей дозволяється як у просторі, так і в часі.

Найбільш характерним і специфічним в англо-американському праві є інститут довірчої власності (траст), якого немає в континентальному праві. Суть довірчої власності полягає в тому, що первісний власник — засновник трасту (*settlor*) передає майно в управління довірчому власнику (*trustee*) в інтересах вигодонабувача (*beneficiary*), у ролі якого може виступати як сам засновник, так і будь-яка третя особа (особи, невизначене коло осіб, суспільство).

Підставами виникнення зобов'язань є договір, квазідоговір (дії від імені іншої особи без доручення та ін.) і делікт. Договір (contract) і делікт (tort) є ключовими категоріями. При цьому узагальненого поняття зобов'язання не існує; формально відсутні й загальні норми, які б застосовувалися до всіх видів зобов'язань, немає їх офіційної класифікації. Також не існує легальної класифікації договорів; договірне право формується на основі та відповідно до практики. Сам договір тлумачиться як зустрічна обіцянка певного надання (винагороди), яка може бути підставою для звернення до суду в разі її невиконання. Таке тлумачення зумовило особливий підхід до врегулювання безоплатних договорів.

У договірних правовідносинах застосовується принцип відповідальності на основі заподіяння шкоди незалежно від вини, а в деліктних — на основі вини. Делікт розглядається як заподіяння шкоди майну чи особі; при цьому генерального делікту не існує (за винятком доктрини, в якій робляться спроби розробити його модель); спеціальні делікти сформувалися на основі практики й існують у несистематизованому вигляді, офіційної їх класифікації також немає.

Спадкове право в англо-американській правовій системі суттєво відрізняється від відповідного інституту в континентальній. Джерелами спадкового права є прецеденти, спеціальні закони про заповіти, про спадкування (Англія), Уніфікований закон про спадкування (США) та ін. Заповіт складається в письмовій формі та має бути підписаний спадкодавцем у присутності не менше двох свідків. Спадкова маса переходить не безпосередньо до спадкоємців, а передається в довірчу власність особистого представника — виконавця заповіту або адміністратора (у разі спадкування за законом). Він має розрахуватися з усіма боргами спадкодавця й передати все, що залишилося після цього, спадкоємцям, які одержують у спадщину тільки спадковий актив. Той з подружжя, хто пережив спадкодавця, має позачергове право на певну частку майна і вважається основним спадкоємцем. Неповнолітні діти та бокові родичі успадковують майно на засадах довірчої власності, виступаючи в ролі бенефіціантів — тобто вигодонабувачів, в інтересах яких засновується довірча власність.

Джерелами сімейного права є загальне (прецедентне) право й закони з окремих питань: про майно заміжніх жінок, сімейний обов'язок, недійсність шлюбу та ін. У США сімейне право знаходиться в компетенції штатів. Шлюб тлумачиться в англо-американському праві як укладений у встановленій законом формі цивільний договір між чоловіком і жінкою для створення сім'ї. Умовами укладання шлюбу є шлюбна дієздатність; взаємна згода осіб, що одружуються; відсутність іншого зареєстрованого шлюбу; відсутність родинних відносин (як правило, до 3-го ступеня спорідненості), усиновлення; відсутність певних хвороб (небезпечних для навколишніх або душевних захворювань). Припинення шлюбу відбувається в разі смерті одного з подружжя або внаслідок розірвання. Існує інститут сепарації (роздільного проживання подружжя), яка призупиняє шлюб, але не припиняє його.

Майнові відносини подружжя регулюються договором або законом. У багатьох країнах діє роздільний легальний режим майна подружжя (кожному належить майно,

набуте у шлюбі за одержані ним кошти, доходи). Подружжя зобов'язане матеріально утримувати сім'ю, кожен з них має право вимагати утримання в разі непрацездатності.

Відносини батьків і дітей ґрунтуються на принципі батьківської влади (авторитету), яка має на меті захист інтересів дитини. Батьки зобов'язані забезпечити розвиток дитини, її безпеку, надавати їй майнове забезпечення та представляти її інтереси у правовідносинах.

Слід мати на увазі, що норма англо-американського права є більш конкретною ніж у романо-германській цивільно-правовій системі. Вона спрямована не на те, щоб сформулювати загальне правило поведінки на майбутнє, а на те, щоб вирішити конкретну проблему. Її основна мета — не встановлення основ правопорядку, а негайне відновлення статусу-кво. Тому і норми матеріального, і норми процесуального права (судового процесу, доказів, виконання судових рішень) мають однакове значення.

Незалежно від того, що йдеться про єдину правову систему,

в юридичній літературі відзначають особливості американського права порівняно з англійським, які зумовлені особливостями дер-жавного устрою США, історичними та іншими факторами, що впливали на процес формування американського права . Насамперед американське право не сприйняло таких класичних феодальних англійських інститутів, як право власності на землю, одноособова корпорація та ін.; ряд інститутів, запозичених із англійського права, набули в США нового значення; американське право з самого початку мало виразний підприємницький характер та більше спільних рис із романо-германським правом. Цивільне право в США віднесене до компетенції штатів, за винятком питань неспроможності, авторського та патентного права, торгівлі з іноземними державами та між штатами. Відповідний державний устрій і широка компетенція штатів у сфері приватного права зумовили необхідність створення колізійних норм та уніфікованих (єдиних, типових, модельних) законів.

1.6. Загальні риси інших цивільно-правових систем (традиційної, мусульманської, центральноєвропейської та східноєвропейської)

До традиційної (патріархальної) правової системи належать майже 100 держав сучасного світу. Вона є антиподом сучасного (індустріального) суспільства. В її основі — традиційне (звичаєве) право; наявні також елементи нового (західного) права, що зумовлює дуалістичність правової системи.

Безумовно, домінує в системі правовий звичай, який поширюється не у просторі, а за колом осіб. Він тісно пов'язаний з релігійними нормами, обрядами, культами й регулює відносини між членами однієї соціальної групи або між членами різних спільнот (племен) чи самими групами. Нове право необхідне для того, щоб урегулювати життя європейців та їхні стосунки з корінними жителями, а також між

різними соціальними групами (племенами), якщо їхні звичаї суттєво відрізняються. Колізії між звичаями різних етнічних спільнот, разом з тим, можуть вирішуватися не тільки формуванням спеціального законодавства, але й розсудом суддів. У будь-якому разі закони приймаються з обмеженого кола питань і мають другорядне значення. У деяких країнах застосовується судовий прецедент.

Абсолютно незалежною від усіх інших правових систем є система мусульманського права. В її основі (і в основі цивільного права в т.ч.) є шаріат («шлях праведного життя») — сукупність норм мусульманського права (а також релігійних та обрядових настанов і правил), які регламентують поведінку мусульманина в усіх сферах життя (не лише дії, але й думки та почуття). Усі правові приписи пронизані ідеєю обов'язків людини перед Аллахом.

Шаріат закріплює чотири основні групи приписів: 1) норми про релігійну догматику ісламу (у що зобов'язаний вірити мусульманин); 2) норми про основи мусульманської етики і моралі; 3) норми про відносини віруючих з Аллахом; 4) норми поведінки між мусульманами та немусульманами. Дві останні з них становлять «фікх» — нормативну частину шаріату, мусульманське право в широкому розумінні. Джерелами права є:

1) Коран («читання») — священна книга Ісламу, включає

6 тис. віршів, з яких, за різними джерелами, [200—5000](#) є правилами поведінки. Мусульманські автори розрізняють строфи, які визначають особистий статус (їх 70), стосуються цивільного права (також 70), фінансів та економіки (10) .

2) Суна — книга оповідей про життя та діяння пророка Магомета, які мають бути взірцем поведінки для віруючих у повсякденному житті; збірник тлумачень Корану богословами і юристами.

Норми Корану та Суни є вічними, беззаперечними, незмінними; це основні джерела мусульманського права, хоча існує думка, що нині вони набули статусу його історичної основи, а догматичну основу складає Іджма.

3) Іджма — збірка одностайних рішень докторів ісламу щодо вирішення питань, не врегульованих Кораном і Суною. Виходячи з положень Корану та Суни, доктори ісламу встановили норми фікху. Іджма має надзвичайне практичне значення, оскільки саме нею користується кадї (суддя); норми Іджми підлягають обов'язковому застосуванню.

4) Кіяс — висновок за аналогією (виходячи з аналізу випадків життя пророка, які стосувалися аналогічної ситуації, робиться висновок про належну поведінку учасників). Судження за аналогією можна розглядати як спосіб тлумачення й застосування права.

Закони та адміністративні акти приймаються з окремих питань і мають другорядне значення, оскільки вважається, що держава не може творити право, воно створюється Аллахом, а держава є лише слугою права.

Абсолютна більшість норм мусульманського права є імперативними. Система права

як така виділена лише наукою і містить норми, що регулюють відносини правовірних з Аллахом, стосунки між людьми, зв'язки між державами або релігійними конфесіями. Окрема група містить приписи щодо особистого статуту, норми деліктного (кримінального) і цивільного права. Цивільне право також містить імперативні приписи: у Корані детально вписані правила щодо власності, угод, зобов'язань.

Для окремих країн мусульманського права характерною є «вестернізація» (осучаснення). Вона проявляється у створенні й застосуванні в тих сферах життя, які не зачіпають «священних основ», спеціальних законодавчих актів, деякі з яких в окремих країнах навіть кодифіковані, що є природним результатом розвитку сучасного світу.

Окремою групою розглядаються в доктрині країни, які належали до колишньої сім'ї соціалістичного права, а в кінці 80-х — на початку 90-х років XX століття почали розвиватися самостійно та відмовилися від усталених принципів. Нині цивільне право цих країн розвивається по шляху реінтеграції в романо-германську систему, з якої вони практично й вийшли. Серед них виділяють центральноєвропейську та східноєвропейську цивільно-правові системи.

Центральноєвропейська має багато спільного з романською й германською підсистемами цивільного права. Вона характеризується такими ознаками: відсутність поділу права на приватне та публічне; наявність актів цивільного законодавства (у тому числі й кодифікованих) як основного джерела цивільного права; структура цивільних кодексів переважно пандектна; сімейне право виведене за сферу дії цивільного кодексу; законодавчі акти переважають над судовою практикою; значний вплив на цивільне право публічно-правових елементів; опосередкована рецепція римського приватного права (запозичення норм та ідей з права західноєвропейських країн). Країнам цієї системи притаманна стійка юридична традиція: право вважається фундаментом суспільства.

Східноєвропейська система також має багато спільних рис із континентальною і центральноєвропейською системами. Від останньої вона відрізняється встановленням пільг і переваг для державних структур, певних обмежень права приватної власності; наявністю численних підзаконних нормативно-правових актів, які регулюють цивільні правовідносини, доповнюючи закони. Система цивільних кодексів також подібна до пандектної, але має свої особливості. У регулюванні цивільного (торгового) обігу переважають організаційно-правові засоби. На відміну від центральноєвропейської цієї системи притаманна слабкість юридичних традицій і відчуття права (правосвідомості).

Розглянуті системи вважаються основними в сучасному світі. Нині не існує правової системи, яка б не запозичила ті чи інші елементи в однієї з названих сімей. Однак, це не означає, що право всіх країн настільки схоже, що можна говорити про загальну уніфікацію й приєднання всіх країн до двох основних цивільно-правових сімей (романо-германської та англо-американської). Багато держав мусульманського світу, Далекого Сходу, Африки, Індія переймають певні ідеї чи принципи західного

права, оскільки вважають їх необхідними для збереження незалежності та досягнення прогресу. Однак, право в них не покликане виконувати таку саму роль, як у західних країнах. Деякі з них визнають цінність права, однак тлумачать його зовсім інакше, ніж на Заході (країни мусульманського, індійського, іудейського права); інші — відкидають основну ідею права, вважаючи, що суспільні відносини мають регулюватися не лише писаним правом, або зовсім іншим чином (країни Далекого Сходу, Африки, Мадагаскару). Тому вони залишаються вірними своїм поглядам і традиціям, а їх правові системи (зокрема й система цивільного права) — самобутніми.

ГЛАВА 2

ДЖЕРЕЛА ЦИВІЛЬНОГО Й ТОРГОВОГО

ПРАВА ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

Ансон С. Договорное право. — М., 1984. — С. 224—250; Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. — К., 1999. — С. 42—70, 373—376; Богатых Е.

Гражданское и торговое право (от древнеримского к современному российско-

му). — М., 2000 — С. 22—39; Гражданское право: Учебник / Под. ред А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., 1997. — Ч.1. — С. 58—75; Гражданское и торговое право капиталистических государств. — М., 1993. — С. 29—62; Гражданское право (определения, понятия, законодательство). — Харьков, 1999. —

С. 11—23; Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. — М., 1999. — С. 74—111, 158—190, 248—264, 287—306; Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. — М., 2001. — С. 290—296; Загайнова С.К. Судебный прецедент: Проблемы правоприменения. — М., 2002. — С. 38—55; Канзафарова И.С. Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебн. пособ. — Харьков, 2003. — С. 5—77, 102—136; Кулагин М.И. Предпринимательство и право: Опыт Запада. — М., 1992. — С. 19—36; Осакве К. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и особенная части М.: Дело, 2000. — С. 35—67; Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование. — М., 1999. — С. 1—12; Цивільне право України. / За ред. Дзери О.В., Кузнецової Н. С. — К.: Юрінком Інтер, 2002. — Кн. 1. — С. 51—77; Юридическая энциклопедия / Под общ. ред. Б. Н. Топорнина. — М., 2001. — С. 318, 327, 410—411, 425, 867, 1043; Burgerliches Gesetzbuch/ Zivilrecht: Wirtschaftrecht; Stud — Yur — Nomos — Textausgaben. — 1. Aufl. — Baden — Baden: Nomos — Verl. — Ces., 1992. — S. 13—47

2.1. Поняття та види джерел цивільного

й торгового права зарубіжних країн

Джерела цивільного й торгового права зарубіжних країн — це офіційні форми вираження й закріплення (а також зміни чи скасування) правових норм, які регулюють цивільні та торгові відносини в даних державах. Це зовнішня форма вираження правових норм, які держава створює, санкціонує або визнає апіорно

обов'язковими, і які в межах кожної держави утворюють у сукупності цілісну систему

Джерелами цивільного й торгового права в зарубіжних країнах є:

Закони — нормативно-правові акти вищої юридичної сили, які видаються вищими компетентними законодавчими органами конкретної держави, як правило, парламентом відповідно до встановленої процедури. Це письмові документи, які містять норми цивільного й торгового права. До них належать конституції, які є основними джерелами всієї правової системи держави та юридичною основою діючого законодавства, цивільні й торгові кодекси та спеціальні закони, які приймаються з окремих питань і регулюють певні види цивільних або торгових відносин. Кодекси й галузеві закони мають однакову юридичну силу.

Кодекс як джерело права по-різному оцінюється фахівцями. З одного боку, вважається, що він забезпечує доступність закону всім громадянам, чим сприяє юридичній грамотності суспільства в цілому, організованості, ясності, чіткості та логічності закону, надає судам необхідні керівні директиви, є путівником суддів, спрощує пошук закону для юриста-практика. З іншого боку, кодекс гальмує природний розвиток права; не може передбачити всіх можливих випадків, які виникають у реальності; він побудований на логіці й вимагає бездумного підкорення їй, однак природний розвиток права залежить від життєвого досвіду, а не від логіки, отже за природою кодекс суперечить суті закону; перебільшує роль парламенту в правотворчості, стримує судову нормотворчість, чим перетворює суд на пасивного (слухняного) виконавця законодавчих рецептів.

Міжнародні угоди — різноманітні договори, конвенції тощо, які стосуються сфери приватного права, інкорпоровані в національні правові системи, унаслідок чого вони стають їх частиною.

Адміністративні акти нормативного характеру (у т. ч. делеговане законодавство) — це нормативні акти, які видаються урядом та іншими органами державної влади в межах їх компетенції. Такі акти повинні видаватися на основі закону й підкорятися йому. Однак на практиці вони часто заперечують чи змінюють закони. Часом ці зміни навіть вносяться до парламенту для подальшого затвердження. Зокрема, у Франції Конституція 1958 р. прирівняла укази президента за юридичною силою до законів.

Характерним для адміністративних актів, які діють у сфері цивільних і торгових правовідносин, є те, що вони містять норми обов'язкового характеру, що призводить до поступового витіснення диспозитивних норм імперативними.

Судовий прецедент — рішення, винесене в будь-якій цивільній справі, яке є обов'язковим для всіх судів рівнозначної та нижчої інстанції під час розгляду тотожних або аналогічних справ. У країнах англо-американської системи він є найважливішим джерелом права. Нині доктрина прецеденту стосується виключно обов'язків судів слідувати рішенням судів вищого рівня, однак самі вищі суди вже не зобов'язані своїми попередніми рішеннями.

Судова практика — нормотворчі акти суду, які формуються внаслідок використання

рішень вищих судів нижчими у справах, які є ідентичними або подібними до тих, у яких виносяться рішення. Разом з тим, у такій практиці діє загальне правило, що рішення є обов'язковим лише для тієї справи, у якій виносилося. У країнах романо-германського права, де не діє прецедент, судова практика формується внаслідок постійного застосування судами (за відсутності необхідних норм законодавства) в ідентичних справах однакових рішень або тлумачення ними неконкретних формулювань закону чи термінів. У такий спосіб суди тлумачать норми закону й створюють нові. Можливість для судів здійснювати таку нормотворчість закріплена навіть у деяких законодавчих актах або допускається через надання широкого простору для розсуду суддів. У деяких літературних джерелах судова практика розглядається як «судовий звичай».

Унаслідок нестабільного розвитку економіки, зміни умов ринкової системи господарювання, що призводить до необхідності негайного реагування на будь-які зміни в суспільних відносинах, виникає необхідність в існуванні більш рухомого й чутливого інструменту регулювання суспільних відносин, аніж закон. Тому роль судової практики як джерела цивільного і торгового права дедалі зростає.

Звичай — набуті суспільною практикою в результаті тривалого їх існування та постійного дотримання конкретні правила, які не суперечать публічному порядку. Єдиного для всіх країн визначення звичаю як правової норми не існує; його розуміння змінювалося й на різних стадіях історичного розвитку тієї чи іншої держави. Звичай є правовим джерелом, коли певним чином санкціонований державою: відсиланням до звичаю законом чи судовим рішенням. У сучасному світі він відіграє другорядну роль і застосовується, переважно, у торгових відносинах (торговий звичай).

Звичаєвості — правила поведінки, які склалися у певні галузі підприємництва на основі постійного та однакового їх застосування. Вони діють, якщо відомі сторонам і відображені в угоді; їх досить важко розмежувати зі звичаями. Звичаєвості поширені у сфері міжнародної торгівлі. Часом вони втілюються в нормативно-правовому акті. Найбільш уживані торгові звичаєвості знайшли відображення в деяких документах міжнародних організацій, зокрема, у збірнику Правил інтерпретації міжнародних комерційних термінів «Інкотермс» (1953, 1980, 1990, 2000); Єдиних правилах для документарних акредитивів (1974), Варшавсько-Оксфордських правилах угод СІФ та ін.

Особливе значення мають так звані **формуляри** — типові договори, які заздалегідь розробляються організаціями й пропонуються контрагенту для підписання. Останній не може ні змінити, ні обговорювати запропоновані у формулярі умови.

Принципи права — основні, вихідні, керівні ідеї, що покладені в основу цивільного й торгового права, які відображаються на рівні правосвідомості, правових норм і правовідносин. Вони визнаються джерелами цивільного права лише в тих країнах, де правова доктрина виходить із дуалізму позитивного та над- чи допозитивного права (мусульманська правова сім'я), або правові системи яких відповідають природно-правовій доктрині. У континентальній правовій системі юридична сила

принципів дорівнює юридичній силі конституційних норм або може її перевищувати. Такими принципами можуть бути справедливість, невідчужуваність прав людини як найвища цінність та ін. Роль принципів як джерел цивільного й торгового права очевидна при застосуванні аналогії права. **Приблизний перелік загальних принципів права закріплений у Німецькому цивільному кодексі (пар. 138, 157, 226, 242, 826) і Французькому цивільному кодексі (ст. 1382—1386).** Ці принципи є аналогічними до справедливості в англо-американському загальному праві.

Нормативні договори — договори, що містять норми права. Специфічними різновидами таких договорів у зарубіжних країнах є, зокрема, загальні умови бізнесу, що вводяться комерційними організаціями, норми про мирові угоди та третейські суди, які приймаються торговими палатами та іншими інститутами, кодекси поведінки або кодекси професійної етики різноманітних професійних асоціацій. Деякі автори відносять до джерел цивільного й торгового права також приватноправові угоди (договори) .

Правова (цивільна) доктрина — сукупність наукових поглядів, суджень про цивільно-правові явища. Вона є джерелом цивільного та торгового права в країнах і правових системах, у яких думкам авторитетних вчених у галузі права надається обов'язкове значення (мусульманське право, англійське право).

У різних правових системах і окремо взятих країнах система джерел права має свої особливості, охоплює одні види джерел та заперечує можливість застосування інших. Разом з тим, за джерелами права, що діють у сфері цивільних і торгових відносин у сучасному світі спостерігається тенденція до наближення різних правових систем. Так, у романо-германській правовій системі традиційно судовий прецедент і судова практика не розглядалися як джерело права і нині не мають такого офіційно визнаного статусу. Однак у деяких країнах (ФРН, Іспанія) судові прецеденти набувають значення правових джерел, а судова практика дедалі більше впливає на правозастосування та розвиток цивільно-правової системи взагалі (Франція, ФРН). Відрізняється в різних правових системах та окремо взятих країнах і значення тих чи інших видів джерел права, їхнє співвідношення між собою.

2.2. Поняття та способи уніфікації норм цивільного й торгового права зарубіжних країн

Уніфікацією норм цивільного і торгового права зарубіжних країн є приведення норм різних країн до узгодженості, єдності; усунення суперечностей.

Звичайно, цивільне право розвивається досі переважно в межах національних правових систем. Разом з тим, відбувається наближення останніх через згладжування найбільш суттєвих розбіжностей і взаємного запозичення відповідних цивільно-правових конструкцій. У сучасному світі спостерігається й тенденція до уніфікації цивільного права в міжнародному масштабі. Це зумовлюється багатьма причинами: виникненням міжнародних монополій (транснаціональних корпорацій), зростанням обігу й значення міжнародних економічних зв'язків, економічною й

політичною інтеграцією, утворенням міжнародних організацій.

Взагалі цивільному праву притаманний певний консерватизм, який досить важко побороти. Зберігаються розбіжності в соціально-економічних відносинах, суттєві національні відмінності та традиції, тому вважається, що для більш тісного зближення та переходу правового регулювання на міждержавний рівень цивільне право ще не готове. Уніфікація на міждержавному рівні на сьогодні можлива тільки у сфері міжнародного приватного права. Найбільш реальною вона є в межах Європейського співтовариства, переважно, на рівні модельних актів і стосовно окремих правових інститутів. Деякі цивільно-правові інститути вже на сьогодні досягли надзвичайно високого ступеня уніфікації (право юридичних осіб, господарських зв'язків, купівлі-продажу, торгового мореплавства, залізничних перевезень, інтелектуальної власності), інші ж — навпаки не готові до уніфікації, або ж вона утруднена (речове, спадкове, сімейне право).

У науковій юридичній літературі розрізняють такі **види уніфікації**:

— **регіональна** — у межах певного регіону (наприклад, Скандинавські країни (Швеція, Норвегія, Данія, Фінляндія, Ісландія) прийняли низку уніфікованих законів із питань торгового права; країни ЄС здійснюють заходи щодо уніфікації різних правових інститутів у сфері підприємницького права; прикладом може бути й Конвенція країн СНД про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах (1993 р.) та ін.;

— **універсальна** — виходить за межі регіонів чи є всесвітньою; наприклад, Женевська вексельна (1930 р.) і Женевська чекова (1931 р.) конвенції, Женевська Всесвітня конвенція про авторське право (1952 р.), Конвенція ООН про міжнародні договори купівлі-продажу (Відень, 1980 р.) та ін.;

— на основі двосторонніх **угод** (як правило такі угоди укладаються в кожній державі й стосуються, зокрема, правової допомоги в цивільних та сімейних справах та ін.);

— **зближення правових систем** (континентальної та англо-американської).

Існують такі способи уніфікації цивільного й торгового права зарубіжних країн:

1. Укладання міжнародних угод (конвенцій).

Держави — учасники цих угод зобов'язуються забезпечити правове регулювання визначених у такій угоді відносин на основі уніфікованих норм, тобто **надати цим нормам юридичної сили, яка необхідна для їх застосування суб'єктами права**.

У юридичній науці та політико-правовій практиці розроблено дві основні концепції співвідношення міжнародного та внутрішнього права: **дуалістична й моністична**. За дуалістичною концепцією міжнародне та внутрішнє право є принципово різними системами, мають окремі джерела та механізми правового регулювання. За моністичною — внутрішнє та міжнародне право утворюють єдину систему права, в якій у випадку колізії пріоритет надається нормам і принципам міжнародного права. Багато країн (зокрема й **Україна**) дотримуються **моністичної** концепції та вважають норми міжнародної угоди, учасниками якої вони є, частиною національного права.

Найбільш повна єдність досягається, якщо в такій міжнародній угоді містяться норми, які можуть входити до національного права без подальших змін (так звана пряма уніфікація). **Такі норми зберігають подвійну природу: стають частиною національного права й продовжують залишатися частиною міжнародної угоди.** У зв'язку з цим вони не можуть змінюватися в процесі розвитку національного законодавства, їхні положення, терміни та поняття не можуть тлумачитися на основі внутрішнього права. Такий спосіб уніфікації вважається найбільш ефективним, оскільки досягається і єдність у практиці застосування уніфікованих норм.

Прикладами таких угод є Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів (Віденська конвенція), Конвенція про міжнародний фінансовий лізинг, Конвенція країн ЄС про право, яке застосовується до договірних зобов'язань (Римська конвенція).

Застосовується **метод непрямой уніфікації**, за якого норми, які містяться в міжнародній угоді, є більш-менш визначними, а також змішаної уніфікації, за якої учасникам міжнародної угоди дозволяється відхилитися від уніфікованих юридичних конструкцій під час введення норм до національного законодавства.

Часом такі угоди спрямовані на врегулювання лише відносин, пов'язаних із міжнародним оборотом (Гаазькі конвенції про єдиний закон про міжнародний продаж товарів та єдиний закон про вчинення угод з міжнародного продажу товарів 1964 р.; Конвенція про позовну давність в міжнародній купівлі-продажу (1974); Конвенція про договори міжнародного характеру (1980). В інших випадках на основі таких угод держави зобов'язуються повністю змінити внутрішнє законодавство на більш загальному рівні (Женевські вексельні й чекові конвенції 1930 р.).

2. Без укладання угод.

1) Створення проекту типового (уніфікованого, модельного, єдиного) закону, який можуть прийняти зацікавлені держави за власною ініціативою, а не внаслідок міжнародного зобов'язання. У такому разі держава інкорпорує взірцеві норми в обсязі та формі, які обирає самостійно. Недоліком цього способу уніфікації цивільного чи торгового права є те, що кожна з держав, приймаючи такий типовий закон, може вносити до нього будь-які зміни необмежено або взагалі прийняти одну з його частин, відмовившись від інших.

Певна єдність у правовому регулюванні досягається й через **кодифікацію міжнародних торгових звичаїв**, яка здійснюється, зокрема, **Міжнародною** торговою палатою. У вирішенні багатьох правових питань єдність забезпечується за допомогою рекомендованих міжнародними організаціями типових контрактів, спільних умов, які віддзеркалюють міжнародну практику тощо (ЮНСІТРАЛ, ЄЕК ООН, **УНІДРУА** та ін.). Прикладами можуть бути й прийняті в Скандинавських країнах єдині закони про договір купівлі-продажу, про торгові реєстри, про торгових агентів та ін.; типові закони у сфері захисту промислової власності для країн, які розвиваються, розроблені Всесвітньою організацією інтелектуальної власності; Модельні кодекси, розроблені для країн СНД.

2) «Стихійне» зближення («гармонізація») правових норм без створення єдиних норм. Схожі політичні та економічні умови й потреби зумовлюють необхідність їх однакового правового регулювання в різних країнах.

3) Запозичення норм права, вироблених іншими державами, і закріплення їх у нормах внутрішнього законодавства. Однак, досягти повної, абсолютної єдності неможливо, оскільки немає єдності в практиці тлумачення й застосування уніфікованих норм правозастосовчими органами кожної країни.

На сьогодні, як зазначалося, найвищого ступеня уніфікації цивільного права досягли країни ЄС. Сприятливими для уніфікації умовами свого часу стали економічна й політична інтеграція Західної Європи, а також створення Європейського Економічного Союзу. Римський договір 1957 р., що став його основою, зобов'язав учасників уніфікувати та зближати національне законодавство настільки, наскільки необхідно для функціонування Спільного ринку. В ЄЕС найбільш уніфіковані торгове право, акціонерне, патентне, антитрестовське законодавство. У рамках ЄЕС уніфікація досягалася такими способами: 1) укладення міжнародних угод (Конвенція про патент для Спільного ринку 1975 р. та ін.); 2) видання регламентів і директив — нормативні правила, які безпосередньо діють, застосовуються й підлягають примусовому виконанню в кожній країні ЄЕС. Вони є чинними без прийняття спеціального акту чи їх інкорпорації в національне законодавство. Регламенти містять конкретні норми; директиви зазначають лише на бажаний результат, форми й методи досягнення якого кожна держава обирає довільно. Для їх виконання, як правило, необхідно вносити зміни у внутрішнє законодавство; 3) здійснення єдиного тлумачення норм самого римського договору та всіх інших актів Судом Співтовариства. Це тлумачення є обов'язковим для національних судів, які мають право звертатися до Суду Співтовариства за тлумаченням конкретної норми.

Вважається, що право ЄС відіграє значну роль у сучасних процесах трансформації приватного права країн усього світу, оскільки відрізняється комплексним характером, динамізмом, універсальністю. Його норми є нормами прямої дії та мають пріоритет перед нормами національного права держав-членів ЄС, національне законодавство яких має відповідати праву ЄС; однак при цьому забезпечується єдність волі та інтересів законодавця (ЄС) і виконавців (країн — членів ЄС), які залишаються суверенними й зберігають за собою право виходу із Союзу.

2.3. Джерела цивільного й торгового права
в країнах континентальної правової системи
(на прикладі Франції та Німеччини)

У доктрині країн континентальної цивільно-правової сім'ї виділяють обов'язкові (нормативні) джерела та необов'язкові (ненормативні). До обов'язкових відносять: конституцію, міжнародні угоди, кодекси та галузеві закони, підзаконні акти, звичаї, торгові звичаї, загальні принципи права, приватно-правові угоди. До необов'язкових джерел відносять: судовий прецедент, судову практику, доктрину, закони зарубіжних країн, рішення зарубіжних судів.

Цивільне право цих країн кодифіковане, як правило, у вигляді кодексів (цивільні, або цивільні й торгові), уложень і т.п., які є основою галузі. Провідну роль серед джерел відіграють закони, у тому числі кодекси. Адміністративні (підзаконні) акти чи так звані акти делегованого законодавства офіційно підкорені закону й відіграють важливу роль, особливо в праві ФРН. Суди офіційно не займаються правотворчістю і не створюють загальних норм. Судове рішення у конкретній справі є обов'язковим лише для даної справи, тобто судова практика не є обов'язковим джерелом права, однак її роль поступово зростає.

Звичай є джерелом цивільного й торгового права цих країн; не виключається його застосування і всупереч закону; хоча за загальним правилом звичай — це норма, що доповнює закон. Поступово застосування звичаїв звужується, вони витісняються законом.

Джерела цивільного й торгового права Німеччини (ФРН)

У ФРН цивільне право кодифіковане; система приватного права дуалістична. Основним джерелом є Німецьке цивільне уложення, яке в сучасній літературі також називають Німецьким цивільним кодексом (далі — НЦК). НЦК був прийнятий у 1896 р. та вступив в дію з 1 січня 1900 р. Первісна кількість параграфів (так називаються статті НЦК) становила 2385.

Кодекс складається з 5 книг і ввідного закону, який містить вказівки про співвідношення НЦК з іншими нормами права, його дію в часі, норми міжнародного приватного права. Книга перша «Загальна частина» розглядає правовий статус осіб, правовий режим речей, тварин, угоди, строки, позовну давність, здійснення прав, самозахист та самодопомогу, забезпечення інтересів.

Книга друга «Зобов'язальне право» регулює зміст зобов'язань, договірні зобов'язання, припинення зобов'язань, уступку вимоги, переведення боргу, множинність осіб у зобов'язанні, окремі види зобов'язань (у т.ч. договірні та недоговірні). Розглядається 20 видів договорів: купівля-продаж, міна, дарування, найм, оренда, безоплатне користування (позичка), позика, трудовий договір, підряд, маклерський договір, доручення, схов, залишення речей у готелі, договір простого товариства, ігри та парі, довічна рента, порука, мирова угода, договір про прийняття на себе зобов'язань, про визнання існуючого боргу; а також односторонні зобов'язання, дії задля чужих інтересів без доручення, безпідставне збагачення та недозволені дії (делікт).

Книга третя «Речове право» містить норми про володіння, загальні приписи про права на земельні ділянки, про власність, спадкове право забудови, сервітути, привілейоване право купівлі, речові обтяження, іпотеку, поземельний борг, ренту, заставу на рухомі речі та права.

Четверта книга «Сімейне право» присвячена врегулюванню родинних відносин, цивільного шлюбу та опіки. А книга п'ята «Спадкове право» докладно регламентує порядок спадкування, правовий статус спадкоємця, правила щодо заповітів, договору про спадкування, обов'язкової частки в спадщині, підстав позбавлення

права на спадщину, відмови від спадщини, порядку видачі свідоцтва про право на спадщину, купівлю спадщини.

НЦК закріплює принципи формальної рівності перед законом, свободи приватної власності, недоторканності приватної власності, свободи договору та містить ряд обмежень щодо мілкої і середньої земельної власності в інтересах великих промислових і транспортних підприємств.

Як акт законодавства НЦК характеризується приписами загального характеру (регулює лише основні питання й не містить казуїстичних деталей). Специфічною рисою НЦК є наявність великої кількості невизначених критеріїв: «добра совість», «довіра», «на віру» та ін. Через це деякі параграфи називають «каучуковими» — їх зміст настільки еластичний, що судді можуть тлумачити й застосовувати їх зовсім по-різному, часом у протилежному значенні. Кодекс відрізняється науково-логічною, обґрунтованою, суворою, чіткою системою. Поряд з цим, параграфи є дуже громіздкими, а самі формулювання норм — надзвичайно складними, їх зміст доступний тільки фахівцям у галузі цивільного права й практично не зрозумілий пересічним громадянам.

НЦК, звичайно, не набув такого поширення, як Кодекс Наполеона (див. далі), однак також мав значний вплив на законодавство ряду країн: Японії, Таїланду (рецепція німецького права); Австрії, Швейцарії, Скандинавських країн; Бразилії, Перу, Аргентини та ін.

Ще одним важливим законодавчим актом є Німецьке торгове уложення або як його ще називають Німецький торговий (комерційний) кодекс (далі — НТК). НТК був прийнятий у 1897 р., уведений в дію з 1 січня 1900 р.; первісно містив 905 параграфів. НТК складається з 5 книг. Перша книга «Торговий стан (торгові діячі)» регламентує правила щодо комерсантів, торгових реєстрів, торгової фірми, прокури й довіреності на ведення справ, торгових службовців й учасників торгових справ (підприємництва), торгових представників і маклерів. Друга книга «Торгові товариства та негласне товариство» містить норми про повні, командитні та негласні товариства. Третя книга «Торгові книги» відведена приписам для всіх комерсантів, додатковим приписам про товариства, які є об'єднаннями капіталів (акціонерні, командитні на акціях, з обмеженою відповідальністю), про зареєстровані кооперативи, про кредитні інститути. Четверта книга «Торгові угоди» регулює загальні вимоги щодо угод та окремі види торгових договорів (купівля-продаж, комісійні угоди, експедиційні, складські, перевезення, у т.ч. залізничні). Остання книга — п'ята — має назву «Заморська торгівля».

У доповнення до НТК було прийнято Акціонерний закон (1965 р.) та закони: про товариства з обмеженою відповідальністю (ост. ред. 1980р.), про виробничі та господарські кооперативи (1889 р.), про біржі (1908 р.), про банки (1961 р.), про цінні папери (1937 р.), про страхові договори (1908 р.), про мирові угоди (1935 р.), про недобросовісну конкуренцію (1909 р.), про заборону обмеження конкуренції (1957 р.), про автомобільні перевезення (1952 р.), Статут залізниць (1938 р.) та ін.

У ФРН діють також окремі цивільні закони: про житлову власність 1951 р., про отримання кредитів (захист споживача в кредитних угодах) 1990 р., про регулювання права загальних умов угод (захист господарсько недосвідчених партнерів від зловживань свободою договору) 1976 р., про відмову від угод «на порозі будинку» та аналогічних угод 1986 р., про відповідальність за недоброякісні продукти 1989 р. та ін.

Судова практика формально не є джерелом права в Німеччині. Її роль обумовлюється загальністю формувань правових норм, що дає великий простір для розсуду і творчості судді. Завдяки так званим «каучуковим» нормам суди створили низку інститутів, що були невідомі раніше німецькому праву. А в 1973 році Конституційний Суд ФРН виніс рішення про право судів змінювати закон. Це обґрунтовувалося положеннями ст. 20 Основного закону ФРН про те, що правосуддя пов'язане із законом і правом, а останнє — це не просто сукупність писаних правил, а певні ідеї та загальні принципи, які знаходяться поза межами тексту нормативних актів.

Звичай є джерелом цивільного права ФРН нарівні із законом. Умова існування звичаю — це застосування його судами чи адміністративними органами. При цьому суддя не зобов'язаний знати звичай, а його наявність має довести сторона, яка на нього посилається. Звичай застосовується як доповнення до норм закону, незалежно від закону (містить невідомі закону правила) або всупереч йому (диспозитивних його норм).

Джерела цивільного й торгового права Франції

Франція має кодифіковане приватне право з дуалістичною системою: діють Цивільний і Торговий кодекси. Основним джерелом є Французький цивільний кодекс (1804), який ще називають «Кодексом Наполеона» (далі — ФЦК). Його розробили відомі на той час французькі юристи (Порталіс, Тронше, Маллевіль та ін.), що спиралися на римське право, дореволюційну судову практику та опрацювали їх відповідно до потреб нового суспільства. Кодекс Наполеона мав для своєї епохи революційне значення, він відіграв надзвичайну роль у розробці та ствердженні багатьох принципів нового цивільного права, слугував взірцем для реформ права власності в багатьох державах; суттєво вплинув на цивільне право всього світу. Цей кодекс і досі діє в багатьох країнах і вважається досконалим виразом юридичних відносин товарного виробництва.

ФЦК відрізняється логічністю викладення, стислістю юридичних формулювань і дефініцій, визначеністю та чіткістю тлумачень основних понять та інститутів. При цьому кодекс обмежується формулюванням загальних принципів без казуїстичних деталей, завдяки чому його норми можуть застосовуватися до багатьох життєвих ситуацій.

Французький цивільний кодекс побудовано за інституціональною системою. Його структура відобразила схему побудови інституцій римського права: особи, речі, спадкування, зобов'язання. Кодекс складається зі Вступного титула і 3-х книг: 1-ша

— Про особи; 2-га — Про майно та різноманітні видозміни власності; 3-тя — Про різні способи набуття права власності. Первісно він нараховував 2881 статтю.

Перша книга «Про особи» регулює правовий статус фізичних осіб і сімейні відносини. У ній уперше закріпилися в цивільно-правових нормах такі ідеї, як рівність і свобода. Згідно зі ст.8 ФЦК «будь-який француз користується цивільним правом», а ст.7 підкреслює, що здійснення цивільних прав не залежить від «якостей громадянина». Отже, законодавець послідовно запроваджував принцип рівності осіб у приватно-правовій сфері.

У Кодексі Наполеона на момент його прийняття було відсутнє поняття юридичної особи, будь-який громадянин на той час виступав у цивільному обороті, як правило, самотійно. Відступом від прогресивних ідей було відновлення у ФЦК «цивільної смерті» як санкції за кримінально карані діяння (засуджений втрачав право власності на майно так, начебто він помер природнім шляхом.), а також встановлення певних обмежень цивільних прав жінок. У сімейних правовідносинах формально вже проголошувалася рівність чоловіка та жінки в особистих і майнових правах, була послаблена батьківська влада над дітьми, однак чоловік посідав панівне становище в сім'ї, мав право ініціювати розірвання шлюбу за певних обставин визначати місце проживання для сім'ї, дружина зобов'язана була слідувати за ним і була обмежена в майнових правах і правах щодо дітей.

Норми другої книги ФЦК «Про майно та різноманітні видозміни власності» регламентують речове право. Центральним інститутом є право власності, основними принципами якого проголошено свободу приватної власності, що є священною і недоторканою, та рівний захист усіх власників. ФЦК використав римсько-правове тлумачення поняття власності як абстрактного та абсолютного права. Чільне місце серед об'єктів приватної власності в кодексі посідає нерухомість.

У третій книзі «Про різні способи набуття права власності» закріплено норми спадкового та зобов'язального права. У ній зазначено, що право власності на майно набувається та передається в разі спадкування, дарування, унаслідок заповіту або зобов'язань. На момент прийняття кодекс розширив свободу заповітів і дарувань, передбачивши при цьому резервування майна на користь законних дітей.

Зобов'язання та зокрема договірні відносини ФЦК регулює на основі принципів свободи й добровільності договору, рівності сторін у договорі та їхньої взаємної згоди, непорушності договору, невтручання держави в договірні відносини та ін.

ФЦК одержав широке розповсюдження у світі, його значення порівнюють з рецепцією римського приватного права. Майже всі цивільні кодифікації, що здійснювалися в XIX ст. відчули вплив на них ФЦК. Він відіграв значну роль у процесі формування цивільного права Бельгії, Нідерландів, Люксембургу, Іспанії, Італії, Греції, інших європейських держав, а також на інших континентах: у Латинській Америці — Домініканської Республіки, Болівії, Гондурасу, Коста-Ріки, Гватемали, Нікарагуа, Панами; меншою мірою — Чілі, Колумбії, Сальвадору, Уругваю, Еквадору та ін. ФЦК було покладено в основу цивільних кодексів штату Луїзіана (США),

провінції Квебек (Канада) та ще деяких країн Північної Америки. В Азії та Африці ФЦК природно впливав на розвиток цивільного права в колишніх колоніях Франції, Бельгії, Голландії, а також в Єгипті, Ефіопії.

Важливим джерелом став Французький торговий кодекс (надалі — ФТК) — основний кодифікований акт у сфері торгового (комерційного) права Франції, що був прийнятий у 1807 р. Він доповнив ФЦК положеннями про юридичні дії комерсантів. Цей кодекс закріпив у французькому праві дуалізм приватного права, тобто поділ його на цивільне та торгове. Він уміщував 648 статей і складався з 4-х книг: 1-ша — Загальні положення про торгівлю; 2-га — Про морську торгівлю; 3-тя — Про неспроможність і судове регулювання, санацію, банкрутство й інші правопорушення, пов'язані з неспроможністю; 4-та — Про торгову юрисдикцію (правила процесу).

Перша книга «Загальні положення про торгівлю» містить де-в'ять розділів: про комерсантів, про звітність комерсантів, про товариства (нині не чинний), про торгові реєстри (нині не чинний), про товарні біржі, брокерів і куртьє, про заставу та комісіонерів, про доведення торгових угод, про перевідні та прості векселі, про позовну (погашувальну) давність.

Друга книга «Про морську торгівлю» спочатку містила 13 розділів, з яких на сьогодні зберігся тільки один «Про строки позовної давності».

Третя книга «Про неспроможність і судове регулювання, санацію, банкрутство й інші правопорушення, пов'язані з неспроможністю», на сьогодні повністю втратила чинність.

Четверта книга «Про торгову юрисдикцію» спочатку містила 4 розділи: про організацію торгових судів (1), про підвідомчість справ торговим судам (2), про форму судочинства в торгових судах (3), про форми судочинства в королівських (апеляційних) судах (4), з яких на сьогодні всі, окрім другого, втратили чинність.

ФТК видавався як доповнення до ФЦК, загальні положення якого застосовуються і до торгових угод; він містив і містить спеціальні правила, за відсутності яких застосовуються норми ФЦК. ФТК не мав такого поширення як Кодекс Наполеона, однак вплинув на законодавство окремих країн: Бельгії, Голандії, Греції, Іспанії, Португалії.

Нині певна архаїчність деяких норм кодексів зумовлює їх застарівання, хоча слід зазначити, що до обох кодексів вносилися суттєві зміни й доповнення. Щодо ФЦК, то найбільш інтенсивно його зміст переглядався в період після другої світової війни. У нинішній його редакції кількість змін, що внесено за останні 40 років, у 8 разів перевищує їх число за перші 140 років існування ФЦК. Зміст ФТК постійно перероблявся й вдосконалювався вже з початку свого існування, оскільки містив чимало недоліків і прогалин. На теперішній час він нараховує не більше 180 статей, тобто близько 20% від його первісного складу.

На відміну від Цивільного кодексу, який все ж залишається найважливішим актом приватного права Франції й продовжує впливати на новітні кодифікації цивільного права інших країн, ФТК поступово втратив своє значення та вже не відіграє провідної

ролі серед інших нормативних правових актів торгового права, оскільки більшість правових інститутів були виведені за його межі й регулюються спеціальними законами. Отже, французьке торгове право фактично виявилось в некодифікованому стані .

У сфері цивільних і торгових правовідносин у Франції діють спеціальні закони: про торгові звичаї (1866 р.), про строкові біржові угоди (1885 р.), про купівлю-продаж і заклад майнових комплексів комерційного підприємства (1909 р.), про торгові товариства (1966 р. — містить 500 статей), про судове оздоровлення та судову ліквідацію підприємств (1985 р.), про асоціації (1901 р.), про відновлення підприємств та ліквідацію їхнього майна в примусовому порядку (1985 р.), про статус кораблів та інших морських суден (1967 р.), про літературну й художню власність (1957, 1985 рр.), про інтелектуальну власність (1992 р.) та ін., а також Декрети: про торгових представників (1958 р.) про торгові товариства (1967 р.); Декрет про реєстри торгівлі та товариств (1984 р.), про судове врегулювання, ліквідацію майна, особистої неспроможності та банкрутства (1967 р.) та ін.

Акти делегованого законодавства (декрети і т.п.) є джерелами цивільного й торгового права Франції, часом вони вносять зміни до законів та кодексів.

Звичай також є джерелом цивільного й торгового права та застосовується аналогічно до германської цивільно-правової підсистеми: в доповнення до норм закону, незалежно від закону або всупереч його диспозитивним нормам.

Судова практика офіційно не є джерелом цивільного й торгового права Франції. ФЦК містить заборону для суддів виносити рішення у справах у вигляді загальних розпоряджень. Водночас, суддя не має права відмовити у вирішенні спору, посилаючись на відсутність, незрозумілість чи недостатність закону. Отже, у процесі вирішення конкретної справи суддя буде посилатися на норми закону, які регулюють подібні відносини, або тлумачити неконкретні формулювання закону на власний розсуд, або створювати нові правила (норми).

2.4. Джерела цивільного й торгового права

Англії та США

У доктрині англо-американського права система джерел також поділяється на дві групи: обов'язкові та необов'язкові. В англійському праві до обов'язкових джерел належать: судові прецеденти, закони (статути), підзаконні акти, звичаї (custom), зокрема торгові (law merchant), міжнародні угоди, справедливість (equity), королівські прерогативи (royal prerogative), канонічне право (canon law), розум (reason, natural law), приватно-правові угоди. До необов'язкових — закони зарубіжних країн, рішення зарубіжних судів, судова практика, Obiter dictum / dictum (істина, правда).

В американському праві обов'язковими джерелами вважаються Конституція, судові прецеденти, закони (статути), підзаконні акти, справедливість (equity), торгові звичаї, міжнародні договори, приватно-правові угоди. Як необов'язкові розглядаються доктрина, закон зарубіжних країн, рішення зарубіжних судів, судова практика, Obiter dictum/dictum.

В англо-американській системі права закон формально має вищу юридичну силу, однак провідне місце посідає судовий прецедент. Тому вся система, як вже зазначалося, має назву системи прецедентного права. Вона передбачає обов'язковість для судів рішень, винесених в аналогічних справах вищим судом (принцип *stare decisis*). Разом з тим, останнім часом і в Англії та в США спостерігається послаблення цього принципу. Так, з 1966 р. палата лордів не вважає себе зобов'язаною власними рішеннями.

А Верховний суд США ще наприкінці XIX ст. проголосив право переглядати свої рішення .

Судова практика є джерелом права нарівні з законом, у регулюванні цивільних відносин вона має вагомніше значення, аніж писане право.

Звичай відіграє другорядну роль і застосовується за загальними правилами: якщо відсутня чи неповна відповідна норма закону і якщо він не суперечить закону. Норми звичаєвого права внаслідок їх застосування перетворюються в норми прецедентного права й стають складовою частиною загального права.

Джерела цивільного права Англії

Англійська правова система одержала широке розповсюдження у світі через величезну кількість колоній і домініонів, у яких примусово насаджувалося англійське право, яке залишилося в основі їхніх правових систем і після одержання незалежності.

Англійське право суттєво відрізняється від французького, німецького та інших систем, що входять до романо-германської правової сім'ї. У ньому важко віднайти ознаки чіткого розмежування на право публічне та приватне, право цивільне, торгове, адміністративне тощо. Немає в англійському праві і таких відомих для нас термінів, як юридична особа, непереборна сила, узурпаторство тощо. Однак зустрічаються невідомі для вітчизняної та романо-германської систем категорії: довірча власність, зустрічне надання (винагорода), естопель, треспас та ін. Ускладнення безумовно виникнуть і під час перекладання термінів, оскільки в багатьох випадках їх зміст буде втрачатися. Невідповідність існує навіть у тотожних з континентальною системою права термінах. Зокрема, поняття договору в англійському праві не більш адекватне договору у французькому праві, аніж англійське право справедливості французькому поняттю справедливості, а англійське «*civil law*» — не тотожне поняттю «цивільне право» у звичному для нас розумінні .

В англійському праві норма права також не має звичного для континентального права вигляду. Насамперед в англійському праві вона менш загальна й абстрактна, аніж у французькому чи німецькому; тут неможливі поділ норм на імперативні та диспозитивні й кодифікація їх за континентальним типом.

Англійське право історично мало двоїстичну систему, яка зберігається і нині. Основним в ньому є його поділ на загальне право та право справедливості, які в сукупності становлять систему прецедентного права. Норми загального права, як

вже згадувалося, сформулювалися в результаті діяльності Вестмінстерських королівських судів (судів загального права). Вони утворюють основу прецедентного права; очевидно, у зв'язку з цим цю систему називають ще системою загального права. Термін «загальне право» історично має ще кілька значень: загальне право всієї Англії на відміну від права окремих її частин, сукупність складових компонентів англійського права, тобто власне англійське національне право, англо-американське загальне право (на відміну від континентального), судове право на протидію праву статуту (закону) .

Норми права справедливості розроблялися в судах совісті й засновані на моралі та совісті, їх початковою метою було виправити та пом'якшити жорстокість і несправедливість загального права. Вони вносять доповнення чи поправки до норм загального права та утворюють комплекс, який підкріплює систему загального права.

Поняття справедливості (equity) застосовується як синонім до природної справедливості (natural justice), неупередженості (fair-ness), добросовісності (conscience), розумності (reason-ableness). У практичному застосуванні справедливість означає правила совісті на відміну від суворих правил права. У сучасному англійському праві справедливість зберігає свою відособленість; принцип справедливості застосовується в усіх сферах та аспектах англійського права, але, головним чином, у сфері права власності, зобов'язального праві, земельному та трастовому.

Прецедентне право відіграє в системі англійського права провідну роль, оскільки прецедент є основним джерелом права. Звідси і процесуальна спрямованість англійського права; не існує чіткого розмежування між матеріальним і процесуальним правом. Історично так складалося, що в разі виникнення спірних відносин найважливіше було віднайти форму позову, яка дозволяла б звернутися до Королівського суду та уникнути перешкод процедурного характеру. Матеріальне англійське право формувалося досить повільно, хоча на сьогодні воно значно збагачене та досягло досить високого ступеня визначеності.

Прецедентне право передбачає обов'язковість судових рішень для судів нижчих інстанцій при вирішенні аналогічних або тотожних справ. Однак обов'язкові прецеденти становлять тільки рішення високих судів Англії, тобто Верховного суду та Палати лордів. Рішення інших судів і квазісудових органів можуть бути прикладом, однак не створюють обов'язкових прецедентів. Доктрина розкриває правила англійського прецеденту: рішення, винесені Палатою лордів, становлять обов'язкові прецеденти для всіх судів, рішення, прийняті Апеляційним судом, обов'язкові для нього самого (за винятком кримінальних справ) та всіх нижчих судів; рішення, прийняті Верховним судом, обов'язкові для нижчих судів і не є суворо обов'язковими для різних відділень Верховного суду та Суду Корони, хоча мають важливе значення й можуть використовуватися останніми . Отже, кожен суд в Англії зобов'язаний слідувати рішенню вищого суду, а апеляційні суди (окрім Палати лордів) пов'язані і своїми власними рішеннями.

Слід зазначити також, що з точки зору доктрини англійського прецеденту

обов'язковим є не рішення, а норма права, що в ньому закріплена; єдиним, обов'язковим є тільки сутність рішення (*ratio decidendi*) .

Літературними джерелами прецедентного права є різноманітні судові звіти й публікації судових рішень. Під час публікації здійснюється певний відбір: оприлюднюється 75% рішень Палати лордів, 25% рішень Апеляційного суду та 10% рішень Верховного суду . Отже, можна виокремити ті рішення, які не слід вважати прецедентами.

Нині існує єдина система судів загального права й права справедливості; вони керуються прецедентами загального права й права справедливості; усунута подвійність юрисдикції: неможливо подати два позови для здійснення однієї вимоги; вимоги, які спираються на норми права справедливості, підпорядковуються принципам цього права й можуть охоронятися лише за допомогою його засобів; вимоги, засновані на загальному праві, задовольняються засобами як загального права, так і права справедливості. Судді пов'язані усіма положеннями з даного питання незалежно від часу їх прийняття й частоти застосування доти, доки це положення не буде прямо відмінене актом парламенту. Зберігається простір для розсуду судді: для того, щоб не слідувати вже встановленому правилу, він може посилатися на істотні розбіжності у фактичних обставинах (і цього достатньо) або на те, що раніше прийняте рішення було винесене без належної уваги, чи без врахування якоїсь норми закону чи іншого прецеденту.

Закони (статути) поряд з прецедентами, також є джерелами цивільного й торгового права Англії, і формально вони мають однакову юридичну силу. Класична теорія вбачає в законі лише другорядне джерело англійського права. Дія прецедентів поширюється й на тлумачення законів. З іншого боку, прецедент підпорядкований закону, оскільки закон може анулювати прецедент.

Однак це свідчить не про суперечності між статутним і прецедентним правом, скоріш, ідеться про їх взаємодію. Так, згідно з законом договір може бути визнаний недійсним внаслідок порушення форми чи правил його реєстрації. За правилами прецедентного права договір може бути визнаний недійсним, якщо мав на меті навмисне вчинення злочину чи шкодить державі в її відносинах з іншими країнами .

Нині законодавство (статутне право) Англії може втілюватися у формі парламентських актів, делегованого законодавства або автономного законодавства. Парламент практично не обмежений у законодавчій владі, може видавати будь-які акти, жоден суд не вправі обговорювати їх. Акт парламенту, що одержав

королівське схвалення, стає законом. Таке схвалення має нині більш формальний характер, оскільки внаслідок конституційної угоди право королівського вето практично не використовується; останній раз монарх запобіг до нього у 1707 р.

У сфері цивільних і торгових відносин діють спеціальні закони: про компанії (1985 р.), про векселі (1882 р.), про власність (1925 р.), про продаж товарів (1980 р.) та ін. Англійські закони відрізняються казуїстичністю, детальним описом конкретних життєвих обставин, до яких він застосовується, та правил поведінки учасників.

Однак суд у процесі вирішення спірних питань може, посилаючись на особливості конкретної справи, визнати, що вона не регулюється законом, і вирішити її на основі принципів, встановлених прецедентним правом.

Делеговане законодавство — комплекс норм, наказів, приписів, підзаконних актів, що видаються підлеглими парламенту органами, яким він делегував ці спеціальні повноваження, — також є джерелами права в Англії. Такі акти не потребують схвалення парламентом, однак мають юридичну силу лише за умови, що вони видані в межах повноважень цих органів, інакше можуть бути скасовані судом. А щодо актів місцевих органів, то суд може прямо відмінити конкретне рішення, як недоцільне.

Так зване автономне законодавство поширюється не на всіх громадян, а лише на членів якої-небудь автономної установи (організації), якій парламент надав право самостійно видавати закони для своїх власних членів (підприємства транспорту, Англіканська церква, Юридичне товариство, Загальна медична рада, профспілки та ін.).

Звичай також є джерелом права в Англії. Це поняття вживається в кількох значеннях: як первісне джерело права як такого; як традиційний торговий чи діловий звичай; як місцевий звичай, що застосовується судом як правова норма, якщо існує та діє на певній території безперервно з незапам'ятних часів, його зміст є визначеним, ясним і розумним; їхнє практичне значення не-велике.

Загальні звичаї (для всієї території) розглядаються як норми загального права чи права справедливості. Торгові звичаї відіграють більш значну роль — як умови договору, які припускаються. Це загальновідомі правила поведінки в певній (торговій) сфері ділового життя, які розглядаються судом як складова контракту, якщо тільки ці правила не були виключені в прямій чи такій, що підрозумівається формі. Вони також поступово перетворилися в норми прецедентного права.

Джерела цивільного й торгового права США

У США повністю перенесено систему права Англії, однак з часів завоювання незалежності (1776 р.) право США розвивалося самостійно. Проте англійське право не втрачає свого впливу на правову систему США, яка перейняла основний метод правового регулювання та основне джерело права — судовий прецедент.

Відповідно, основні принципи й методи регулювання в правових системах Англії та США однакові, дуже близькими є також основні правові інститути та категорії, тому їх умовно об'єднують в єдину англо-американську чи англосаксонську систему.

Однак, це системи не тотожні. Навіть більше того — Англію та США називають двома країнами, що «розділені» спільною мовою та спільним правом. Вважається, що в багатьох питаннях сучасної компаративістики розбіжності між правом цих країн більш суттєві, аніж між романським і германським правом у континентальній правовій сім'ї. Стосовно цивільного та торгового права це є природним з багатьох причин. Насамперед американське право розвивалося на двох паралельних рівнях:

штатів і федерації; при цьому статус Федеральної конституції є дуже високим, її принципи пронизують усі сфери права штатів. Американському праву притаманні більш гнучкий підхід до доктрини та поєднання прецеденту з галузевим законодавством за збереження провідної ролі першого. Американське право більш структуризоване та систематизоване, аніж англійське.

Прецедентне право в США також відіграє провідну роль у правовій системі та має свої особливості. По-перше, Верховний Суд США та верховні суди штатів не зобов'язані слідувати своїм рішенням; по-друге, нижчі суди у зв'язку з цим мають необмежені можливості власного розсуду; по-третє, не існує федерального загального (прецедентного) права, а діє загальне право кожного окремого штату. Формула «загального федерального права не існує» означає тільки те, що федеральні органи неправомочні створювати таку систему і через відсутність федерального закону повинні застосовувати право штату. Однак вона не означає, що право одного штату повністю автономне і незалежне від права інших штатів. У США діє постулат, згідно з яким єдність є фундаментальною основою права країни, і тільки на цій основі можливі різноманітні варіанти, які вводяться законодавцями різних штатів.

Закони є джерелом права у США, формально вони мають вищу юридичну силу. Цивільні закони знаходяться в компетенції окремих штатів. Виняток становлять авторське та патентне право, право на товарний знак, право про неспроможність, право міжнародної торгівлі. Деякі штати мають свої цивільні кодекси (Луїзіана, Каліфорнія, Північна та Південна Дакота, Джорджія, Монтана). Однак американські кодекси не ідентичні європейським (за винятком Луїзіани, де в основі кодексу — ФЦК), вони є лише результатом більш-менш вдалої консолідації, відтворюють норми, що вироблені судовою практикою.

В інших штатах діють окремі закони: про корпорації, про непідприємницькі корпорації, про товариства, про довірчу власність та ін. Особливий вплив на цивільне й торгове право в США має законодавство штату Нью-Йорк. Велика кількість норм були запозичені іншими штатами та увійшли до єдиних (типових) законів США.

Унаслідок того, що в одній державі діють закони різних її складових (закони штатів), у багатьох випадках регулювання певних відносин ускладнюється. У зв'язку з цим особливе значення мають колізійні норми, які встановлюють, нормами якого штату (чи федерації) слід керуватися, коли спірне правовідношення виходить за межі одного штату.

Розрізненість діючих законів і норм зумовила необхідність уніфікації законодавства штатів. Спочатку це була кодифікація прецедентного права з питань цивільного й торгового права: про договори, представництво, довірчу власність та ін. Згодом при Конгресі США створено Національну конференцію уповноважених (з представників штатів) для розробки типових (єдиних, модельних, уніфікованих) законів. Типові закони передаються на розгляд законодавчих органів штатів, які можуть увести в дію такий закон на своїй території. Це закони з окремих інститутів цивільного права.

Основними з них є: Єдиний закон про товариства (Uniform Partnership Act), Єдиний закон про оборотні документи (Uniform Negotiable Instrument Law), Єдиний закон про довірчу власність (Uniform Trust Law), Єдиний торговий кодекс або, як його ще називають, Уніфікований комерційний кодекс (Uniform Commercial Code).

Важливе значення має Єдиний торговий кодекс США (далі — ЄТК), який діє в усіх штатах, за винятком Луїзіани, Вірджинії та федерального округу Колумбія. Починаючи з 1952 р. було видано вісім редакцій цього нормативно-правового акту, останню з яких здійснено в 1990 р. Нині кодекс складається з 11 розділів: загальні положення, купівля-продаж, оборотні документи, банківські депозити та інкасові операції, переведення коштів, акредитиви, комплексна купівля-продаж, складські посвідчення, коносаменти та інші товаророзпорядчі документи, інвестиційні папери, забезпечення угод, продаж платежів і паперів на нерухомість, дата введення в дію та відміна інших законів, дата введення в дію та перехідні положення ЄТК. Правила ЄТК застосовуються до всіх угод між фізичними та юридичними особами, однак деякі його положення стосуються виключно угод між комерсантами.

Джерелами цивільного й торгового права США є також міжнародні угоди та договори між штатами, адміністративні акти (у тому числі так зване делеговане законодавство), а також судова практика, доктрина, зарубіжні законодавство та судова практика.

Звичай є джерелом права, однак застосовується дуже рідко, більш поширеним є застосування торгових звичаєвостей, своєрідне тлумачення яких закріплене в ЄТК: це будь-яка практика чи порядок ділових стосунків, дотримання яких у тих чи інших місцях, професії чи сфері діяльності має настільки постійний характер, що виправдовує розрахунок на їх дотримання також і у зв'язку з даною угодою.

Як вже зазначалося, у сфері цивільного та торгового права США, як щодо прецедентного, так і щодо законодавчого права діє єдиний принцип: компетенція окремо взятого штату. Між правом різних штатів існує чимало розбіжностей, пов'язаних із законодавчими рішеннями та результатами тлумачення загального права. Та попри всі можливі відмінності в праві окремих штатів у своїй основі право США єдине. Ця фундаментальна єдність обумовлена різними факторами. Перш за все, як вважають фахівці, вона є результатом свідомості, стану умів американського населення та юристів. Окрім того, на сьогодні надто суттєвих розбіжностей між 50 системами окремих штатів США немає, вони тяжіють до єдності, створюючи в такий спосіб єдине право, яке за сферою свого застосування є федеральним правом.

ГЛАВА 3

ФІЗИЧНА ОСОБА В ЦИВІЛЬНОМУ

ПРАВІ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. — К., 1999. — С. 300—302, 317—354; Богатых Е. Гражданское и торговое право (От древнеримского к современному российскому). — М., 2000. — С. 40—42; Гражданское право: Учебник / Под. ред А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., 1997. — Ч.1. — С. 58—75;

Гражданское и торговое право капиталистических государств. — М., 1993. — С. 62—74; Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. — М., 2001. — С. 297—300; Канзафарова И. С. Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебн. пособ. — Харьков, 2003. — С. 14—77, 102—136; Цивільне право України / За ред. Дзери О.В., Кузнецової Н.С. — К.: Юрінком Інтер, 2002. — Кн. 1. — С. 60—61; Юридическая энциклопедия / Под общ. ред. Б.Н. Топорнина. — М., 2001. — С. 246—247; 819—820; 1213—1214; Burgerliches Gesetzbuch/ Zivilrecht: Wirtschaftrecht; Stud — Yur — Nomos — Textausgaben. —

1. Aufl. — Baden — Baden: Nomos — Verl. — Ces., 1992. — S. 13—47, 228—339.

3.1. Поняття фізичної особи в цивільному

праві зарубіжних країн і джерела

її цивільно-правового статусу

Фізичною особою в цивільному праві зарубіжних країн є **людина**, окремий громадянин (даної чи іншої держави) або особа без громадянства. Визнаючи кожного суб'єктом права, та чи інша держава встановлює його правовий статус, положення стосовно **держави, її органів, інших фізичних та юридичних осіб**.

Цивільно-правовий статус (цивільна правосуб'єктність) фізичної особи визначається її здатністю мати цивільні права та обов'язки (правоздатність), своїми діями набувати та здійснювати їх (дієздатність).

У Німецькому законодавстві використовуються три терміни: правоздатність, дієздатність і **деліктоздатність**. Деліктоздатність розглядається як здатність громадянина нести цивільно-правову відповідальність за шкоду, заподіяну його протиправними діями.

У Франції закон не розрізняє окремих категорій правоздатності й дієздатності, застосовується єдиний термін «**capacite**» (у значенні право- та дієздатності); будь-який громадянин з досягненням повноліття стає здатним до всіх актів цивільного життя. Однак судова практика й теорія розрізняють правоздатність і дієздатність.

У праві Англії та США правоздатність і дієздатність визначаються єдиним терміном «**правова здатність**». Судова практика виділяє «**пасивну правову здатність**», яка за змістом відповідає правоздатності, і «**активну правову здатність**» та «**здатність до вчинення правового акту**», що відповідають за змістом поняттю дієздатності.

Приписи цивільних законів щодо осіб мають **важливе значення для цивільного обороту**, оскільки встановлюють коло учасників, їхній статус, **межі здійснення прав, межі відповідальності тощо**. Разом з тим, слід мати на увазі, що **цивільні закони лише частково визначають правове положення фізичних осіб, навіть під час укладання цивільно-правових угод**. Оскільки їхній статус визначається й **конституціями держав, низкою законів публічного, а також торгового, корпоративного права, окремими законами, щодо певних професійних об'єднань чи інших груп людей і т. ін.**

Правовий статус фізичних осіб у всіх країнах, що розглядаються, врегульовано

законами. У країнах з кодифікованим цивільним правом цьому питанню відводяться окремі розділи (чи глави, параграфи та ін.) в цивільних кодексах. У Франції — це книга I ФЦК «Про особи». У Німеччині — глава «Фізичні особи» розділу I «Особі» та глава «Дієздатність» розділу 3 «Угоди» у книзі I НЦК «Загальна частина», а також книга IV НЦК — «Сімейне право».

У країнах прецедентного права норми про фізичну особу закріплено в законах, однак єдиного акта з цього питання не існує. У Англії діють спеціальні закони, в яких містяться норми про правове положення фізичних осіб: про шлюб та сім'ю, про правову допомогу неповнолітнім та ін. У США такі закони знаходяться в компетенції окремих штатів, єдиного закону федерації немає.

Правові норми щодо статусу фізичних осіб реалізують у праві зарубіжних країн принципи свободи та рівності. Свобода в цивільному праві виявляється в тому, що фізичні особи визнаються самим фактом свого існування як особистості, носії персоніфікованих (суб'єктивних) прав й індивідуальних можливостей захисту, користуються свободою діяльності, основу якої утворює свобода договору та яка передбачає свободу набувати й передавати будь-які майнові блага, а також можуть бути захищені від інших осіб. Рівність у цивільному праві означає, що людина має персоніфіковані (суб'єктивні) права та правові позиції, які розуміються як сукупність юридичних можливостей і захищаються за однакових передумов з іншими; вона керується тими самими нормами та однаковими обмеженнями, правовий захист гарантується всім однаковою мірою. Практично це виявляється в презумпції рівності прав усіх осіб.

3.2. Поняття та основні принципи

цивільної правоздатності фізичної особи

в праві зарубіжних країн

Під цивільною правоздатністю фізичної особи зарубіжна доктрина розуміє здатність бути носієм цивільних прав і обов'язків, які допускаються об'єктивним правом даної держави. За правом усіх країн правоздатність виникає в людини у повному обсязі з моменту народження й припиняється зі смертю. Окремі права, можливість реалізації яких пов'язана з певними особистісними та фізіологічними особливостями людини, можуть виникати тільки з досягненням певного віку (батьківські права, шлюбні (подружні), права усиновлювачів, опікунів, піклувальників тощо).

Майже в усіх країнах допускається можливість охорони прав людини (дитини), яка ще не народилася. Наприклад, НЦК регулює правила спадкування дитини, яка зачата, але ще не народилася; ФЦК передбачає можливість дарування на користь такої дитини. Зачатій дитині може бути призначений опікун. Однак у законі зафіксована вимога, що всі ці дії мають юридичне значення лише за умови, що дитина народжена живою. А в деяких країнах (Італія, Іспанія) обумовлюється також певний час, протягом якого дитина повинна бути життєздатною, щоб виникали правові наслідки дій, вчинених до її народження.

Законодавство щодо правоздатності фізичних осіб ґрунтується на певних принципах

правоздатності, які практично однакові для всіх країн, хоча обсяг правоздатності фізичних осіб, який визначається нормами об'єктивного права кожної окремої держави, може бути різним.

Основним для всіх правових систем є принцип рівної цивільної правоздатності. Уперше, як зазначалося, його було проголошено у Французькому цивільному кодексі (ст. 8 ФЦК: будь-який француз користується цивільними правами). НЦК не містить окремої норми про рівність цивільної правоздатності, але цей принцип впливає з конституційних приписів. У праві Англії та США судовою практикою вироблено принцип, згідно з яким «право діє незалежно від осіб».

До речі, незважаючи на те, що принцип рівної правоздатності був закріплений ще в Кодексі Наполеона, до початку реформ, що проходили в середині ХХ століття, існувало дуже багато винятків з нього. Переважно вони стосувалися цивільно-правового положення чоловіків і жінок. Так, згідно з нормами ФЦК заміжня жінка прирівнювалася у дієздатності до неповнолітніх, душевнохворих чи слабоумних. Ці норми було скасовано лише в 1938 році. Чимало подібних відступів містив і НЦК. У Німеччині, практично, тільки Законом про прізвища (1993 р.) після прийняття відповідного рішення Конституційного суду було подолано залишки правової нерівності чоловіка та жінки. За сучасною правовою доктриною жінка та чоловік рівні в правовому статусі, зокрема й у сфері цивільних відносин.

У США стосовно принципу рівності цивільної правоздатності виникали проблеми дещо іншого характеру: до 1964 року діяли закони, що часом мали відверто расистський характер. У 1964 році було прийнято федеральний закон, що заборонив дискримінацію за ознаками раси, кольору шкіри, релігії, статі, національного походження; він поширювався, насамперед, на сферу цивільних правовідносин.

Цивільна правоздатність набувається з народженням. Закон деяких країн вносить уточнення, що цивільна правоздатність починається із «закінченням народження». Цивільна правоздатність виникає одночасно з народженням, за загальним правилом, у повному обсязі, абсолютної повноти досягає з настанням повноліття.

За правом усіх зарубіжних країн, що розглядаються, цивільна правоздатність притаманна людині як живій істоті і не залежить від розумових здібностей, здоров'я тощо.

Правоздатність не може обмежуватися, за винятком певних випадків, коли вона застосовується судом, зазвичай унаслідок вчинення особою кримінально-караних дій, і спрямована на заборону займатися певними видами діяльності.

У праві зарубіжних країн існує **добровільне (договірне) обмеження правоздатності й дієздатності**: відмова за певну винагороду від укладання шлюбу, від подання позову до суду, від заняття певним видом діяльності тощо.

За сучасною доктриною в жодній з країн ні за яких умов не допускається позбавлення правоздатності — позбавлення фізичної особи всіх цивільних прав — ні за рішенням суду, ні внаслідок адміністративного акту. У попередні історичні періоди так звана «**цивільна смерть**» допускалася в законодавстві різних країн.

Припиняється правоздатність фізичної особи в разі смерті або оголошення її померлою (ФРН) чи на підставі встановлення безвісної відсутності (Франція).

3.3. Інститут безвісної відсутності

(оголошення померлим) громадянина

в праві зарубіжних країн

У разі тривалої відсутності певного громадянина та неможливості встановити його місце перебування **доля його майна чи певного зобов'язання, учасником якого він є, вирішується в різних правових системах по-різному.** Континентальному праву

відомий інститут безвісної відсутності чи оголошення громадянина померлим.

Однак у праві окремих країн існують певні відмінності. Так, законодавству Німеччини відомий інститут оголошення померлим. Особу, що є безвісно відсутньою, може бути оголошено померлою через 10 років із моменту такої відсутності, але не раніше, ніж їй виповниться 25 років, або через 5 років із моменту безвісної відсутності, якщо до винесення судового рішення про оголошення померлою їй виповнилося б 80 р.

Військовослужбовців та осіб, що перебували у військах під час війни чи інших бойових діях і пропали без вісті, може бути оголошено померлими через один рік після підписання мирного договору чи фактично припинення воєнних дій; або менше ніж через 1 рік, якщо є додаткові обставини, за яких імовірно могла настати смерть.

У разі зникнення осіб унаслідок нещасних випадків встановлено коротші строки: на випадок загибелі морського судна — 6 місяців, в авіакатастрофах — 3 місяці; для інших нещасних випад-

ків — 1 рік.

За правом Франції не передбачено можливості оголошення померлим. З часів введення в дію Кодексу Наполеона безвісна відсутність, як би довго не тривала, не змінювала шлюбно-сімейного статусу особи. Зміни в цьому питанні відбулися внаслідок реформи законодавства в 70-х роках XX сторіччя. Нині у Франції діє інститут встановлення безвісної відсутності, який передбачає дві стадії. На першій стадії суд у справах опіки за позовом будь-якої зацікавленої особи чи державної установи може винести рішення про судове засвідчення презумпції безвісної відсутності. Терміни фактичної відсутності особи не визначаються, достатньо встановлення факту відсутності даних про її місцезнаходження й неможливості його з'ясування. На підставі судового рішення один чи кілька родичів (чи інших осіб) призначаються для управління її майном і для представництва особи з метою здійснення всіх її прав, у реалізації яких вона могла б бути зацікавлена. Особа, щодо якої встановлено презумпцію безвісної відсутності, може бути закликана до спадкування через призначених представників. Якщо в подальшому така особа з'являється, то судові рішення про презумпцію безвісної відсутності скасовується і особі повертається все майно, яке знаходилося в управлінні та було придбане в її інтересах.

Другою стадією є встановлення факту безвісної відсутності. Через 10 років з моменту винесення рішення про презумпцію безвісної відсутності за позовом

зацікавленої особи чи прокурора цивільний трибунал першої інстанції може винести рішення про оголошення безвісної відсутності. Якщо зацікавлені особи не зверталися до суду для засвідчення презумпції безвісної відсутності (ігнорували першу стадію), то рішення про оголошення безвісної відсутності може бути винесене не раніше, аніж через 20 років з дня надходження останніх відомостей від особи чи будь-яких повідомлень про неї.

Рішення суду про оголошення безвісної відсутності обов'язково оприлюднюється в пресі, інакше воно втрачає юридичну силу, а також фіксується в реєстрі смертей. Юридичні наслідки майже такі ж, як і в результаті фізичної смерті особи: за загальним правилом припиняється управління майном і припиняється шлюб.

Якщо особа, щодо якої винесене таке судове рішення, повертається або з'являються докази її життя, то їй повертається все майно в тому стані, в якому воно знаходиться на момент повернення, усе що вона повинна була отримати, а також вартість відчуженого майна; шлюб у такому разі автоматично не поновлюється.

У праві Англії та США вирішення питання про безвісну відсутність та смерть безвісно відсутньої особи віднесено до сфери процесуального права. Якщо в процесі розгляду певної справи виникає питання про право на майно чи долю зобов'язання, то суд при вирішенні даної конкретної справи виходить з припущення, якщо від відсутньої особи не було відомостей протягом 7 років, то вона померла. Якщо за обставинами справи від неї і не повинно надходити повідомлень, то ця презумпція не застосовується.

3.4. Поняття та зміст дієздатності

в різних цивільно-правових системах.

Обмеження дієздатності фізичних осіб

Під дієздатністю (активною правоздатністю) в усіх зарубіжних країнах розуміють здатність фізичних осіб своїми діями набувати цивільних прав та обов'язків.

Дієздатність залежить від розумового стану фізичної особи: вона має усвідомлювати й правильно оцінювати характер і значення дій, які вона вчиняє. У законодавстві всіх країн встановлено, що дієздатною в повному обсязі особа стає з досягненням повноліття.

Вік, з якого особа вважається повнолітньою, у різних країнах може відрізнятися. До середини минулого століття в багатьох країнах повнолітньою вважалася особа, що досягла 21 року.

У середині 60-х років у більшості західних країн було прийнято закони, за якими вік повноліття знижено до 18 років.

За німецьким (пар.828 НЦК) та французьким (ст. 448 ФЦК) правом повноліття настає в день закінчення 18-го року життя, тобто в день, який передує дню народження; за правом Англії — з першого дня, коли виповнилося 18 років, тобто в день народження; у США це питання регулюється законами окремих штатів; у різних штатах повноліття досягається з виповненням

18—21 років.

Неповнолітні особи в зарубіжних правових системах або повністю неієздатні, або обмежено (частково) ієздатні. Обсяг ієздатності неповнолітніх у різних країнах неоднаковий.

У німецькому праві закріплено поняття та вікові межі ієздатності, яка настає в повному обсязі з 18 років, а також проводиться розмежування обсягу ієздатності неповнолітніх і визначається поняття цивільної деліктоздатності як окремої правової категорії. Діти до завершення 7-го року життя абсолютно неієздатні (пар.4 НЦК) та неделіктоздатні. Від закінчення 7-го року до закінчення 18-го року життя діти вважаються обмежено ієздатними. Вони вправі укладати угоди за згодою батьків (опікунів).

Німецька доктрина відокремлює також поняття угодоздатності (*Geschäftstätigkeit*) — здатності до вчинення цивільних угод. Окремі угоди неповнолітні можуть укладати самостійно. Це угоди, які приносять їм «правову вигоду»; угоди, що укладаються в межах коштів, наданих неповнолітнім батьками для вчинення конкретної угоди або «кишенькових витрат» (сума в законі не визначена, отже, залежить від соціального і майнового статусу неповнолітнього); угоди, вчинені в процесі експлуатації підприємства, на яке неповнолітній має згоду батьків; укладання й розірвання трудового договору та пов'язаних з його виконанням угод.

Щодо деліктоздатності законодавство додатково встановлює кваліфікуючу ознаку: для виникнення деліктоздатності у віці від 7 до 18 років необхідно, щоб неповнолітній мав достатнє розуміння для усвідомлення своєї відповідальності. В інших правових системах законодавство не містить такої окремо виділеної категорії, як «деліктоздатність».

У праві Франції ієздатність неповнолітніх регулюється різними (розрізненими) нормами цивільного кодексу. До 18 років неповнолітні вважаються неієздатними, однак законодавець вносить певні уточнення та з досягненням ним певного віку розширює коло повноважень неповнолітнього. Майном неповнолітніх управляють батьки (чи інші законні представники, опікуни), вони ж укладають від їх імені угоди. За згодою батьків діти можуть самостійно укладати деякі угоди. З досягненням 16 років неповнолітній може укладати незалежно від волі батьків трудовий договір, угоди щодо розпорядження заробітною платою, вкладом у банк, може скласти заповіт на 1/2 свого майна, а також укладати інші угоди, які не порушують його інтересів і не є збитковими для нього.

В англо-американському праві неповнолітні особи вважаються неієздатними (пасивно правоздатними). Згідно з англійським законом про правову допомогу та положеннями судової практики, діти до 18 років є неповнолітніми й ієздатність їх обмежена незалежно від віку. Однак неповнолітні можуть самостійно укладати угоди з придбання необхідних речей та послуг за розумною ціною. Необхідними визнаються речі, призначені для підтримки фізичного існування, суспільного становища і соціального статусу неповнолітнього (це можуть бути і коштовності, і

спиртні напої, але в жодному разі не тютюн і засоби для паління), головне, щоб неповнолітній дійсно мав потребу в них. Обов'язковою умовою є «вигідність» угоди для неповнолітніх. Під час вирішення питання про «вигідність» суд переважно акцентує увагу на економічній стороні цього питання.

Певні види угод, що укладаються неповнолітніми, вважаються оспорюваними. Вони зобов'язують неповнолітнього й іншу сторону до того моменту, поки неповнолітній не відмовиться від договору до настання строку виконання або протягом розумного терміну після його настання. Це деякі угоди з землею, підписка на акції компанії, договори товариства, учасником якого є неповнолітній, шлюбний договір (якщо він не буде опротестований до досягнення повноліття).

Безумовно, недійсними вважаються укладені неповнолітніми торгові угоди та грошова позика. Окремі угоди, переважно пов'язані з відчуженням або наданням у довгострокову оренду нерухомості, зобов'язують неповнолітнього лише у випадку прямого їх підтвердження після досягнення ним повноліття.

У праві США обсяг дієздатності неповнолітніх осіб врегульовується за аналогією з англійським правом, однак тут чіткіше проглядається тенденція до розширення переліку угод, які є дійсними й у разі укладання неповнолітніми.

Неповна дієздатність неповнолітніх чи її відсутність поповнюється в зарубіжному праві інститутом законного представництва, однак він існує не в усіх країнах, а лише в тих, які належать до континентальної цивільно-правової сім'ї. Батьки чи інші законні представники (опікуни) укладають угоди від імені та в інтересах неповнолітніх, управляють їхнім майном і представляють їх інтереси в суспільних відносинах.

В англо-американській системі права немає інституту законного представництва неповнолітніх, а є неприйнятний для континентальних країн інститут довірчої власності: в інтересах неповнолітнього управляють і розпоряджаються майном певні особи.

У континентальній системі права існує інститут емансипації неповнолітнього, неприйнятний для США та Англії. За спеціальним рішенням суду неповнолітнього може бути оголошено повнолітнім, внаслідок чого він набуває практично повної дієздатності. Разом з тим, емансипація не повністю прирівнює його до повнолітніх (існує ряд обмежень). У Франції неповнолітнього може бути емансиповано після досягнення 16 років за рішеннями суду або внаслідок укладення шлюбу. Однак він не в змозі укладати угоди, пов'язані з відчуженням нерухомості без дотримання формальностей, встановлених для неповнолітніх осіб, які не вивільнені з-під батьківської влади (опіки). Право ФРН поступово розширює обсяг дієздатності неповнолітніх, що може бути співвіднесене з емансипацією.

У зарубіжних правових системах передбачається обмеження дієздатності повнолітніх громадян. Обмеження і визнання недієздатними об'єднані в один правовий інститут. Межі дієздатності в таких випадках визначає суд. Обмеження в дієздатності допускається лише в судовому порядку за наявності певних підстав:

душевної хвороби, слабоумства, в окремих країнах — фізичних вад, наприклад, сліпоти й глухоти, а також алкоголізму й наркоманії, якщо вони мають хронічну форму. Підставою для обмеження дієздатності може бути надмірне марнотратство. Над такими особами та їхнім майном встановлюється опіка; в Англії та США засновується траст — довірча власність.

Слід зазначити, що в німецькому праві з 1992 р. не існує інституту обмеження дієздатності. Такі поняття, як душевна хвороба, психічні розлади, алкоголізм, наркотична залежність не розглядаються як передумови обмеження дієздатності. Соціальний нагляд може бути призначено тільки за умови встановлення потреби певної особи в допомозі. У такому разі Опікунський суд може встановити, що особа, яка здійснюватиме нагляд, повинна надавати свою згоду на угоду за волевиявленням особи, яка потребує допомоги. Однак у найважливіших для підопічного випадках дозвіл на угоду надаватиме опікунський суд (пар. 1901, 1903 та ін. НЦК).

ГЛАВА 4

ЮРИДИЧНІ ОСОБИ ТА ІНШІ ПРАВОВІ

ФОРМИ ТОРГОВОЇ (ПІДПРИЄМНИЦЬКОЇ)

ДІЯЛЬНОСТІ В ЗАРУБІЖНИХ

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ

Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. — К., 1999. — С. 476—492; Богатых Е. Гражданское и торговое право (От древнеримского к современному российскому). — М., 2000. — С. 43—56, 65—87; Гражданское право: Учебник / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., 1997. — Ч.1. — С. 58—75, 110—168; Гражданское и торговое право капиталистических государств. — М., 1993. — С. 75—91, 124—177; Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. — М., 2001. — С. 300—303, 487—508; Канзафарова И. С. Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебн. пособ. — Харьков, 2003. — С. 14—77, 102—136; Костин А. А. Правовое положение торговых товариществ в капиталистических и развивающихся странах. — М., 1979. — С. 8—18; Кочергина Е. Организационно-правовая форма юридических лиц: Генезис доктрин и подходов // Предпринимательство, хозяйство и право. — 2003. — № 1. — С. 36—39; Кулагин М. И. Предпринимательство и право: Опыт Запада. — М., 1992. — С. 37—57; Мамутов В. К., Чувпило О. О. Господарче право зарубіжних країн. — К., 1996. — С. 50—81; Осаке К. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и особенная части. — М.: Дело, 2000. — С. 116—140; Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование. — М., 1999. — С. 90—103; Цивільне право України / За ред. Дзери О.В., Кузнєцової Н. С. — К.: Юрінком Інтер, 2002. — Кн.1. — С. 51—77; Юридическая энциклопедия / Под общ. ред. Б. Н. Топорни-на. — М., 2001. — С. 434—435, 1087, 1180—1185, 1219; Burgerliches Gesetzbuch/ Zivilrecht: Wirtschaftrecht; Stud —

4.1. Поняття та ознаки юридичної особи

в різних цивільно-правових системах

Суб'єктами цивільних і торгових відносин у зарубіжних країнах, безумовно, є не тільки окремі фізичні особи, але й об'єднання людей, які створюються задля досягнення певних цілей. Ідею існування певних організацій (союзів), які мають неподільне, відокремлене майно, виступають у цивільному обороті від свого імені, доля яких не залежить від зміни складу їх учасників, намагалися обґрунтувати ще римські юристи (II—I ст. до н.е.). Нині правовою формою такого об'єднання осіб для участі в цивільному (торговому) обороті є інститут юридичної особи. Юридичною особою визнається організація, що має відокремлене майно, самостійно виступає в цивільному обороті, від свого імені набуває прав та обов'язків, здатна нести самостійну майнову відповідальність та бути позивачем і відповідачем у суді. Вона має певні додаткові ознаки, індивідуалізована в цивільному обороті та має правоздатність, яка в багатьох правових системах розглядається як спеціальна.

Доктрина зарубіжних країн серед ознак юридичної особи називає, поряд із зазначеними, незалежність існування юридичної особи від осіб, які входять до її складу та самостійну волю юридичної особи, яка відрізняється від волі осіб, що до неї входять.

Юридичні особи, поряд з фізичними, виступають основними суб'єктами цивільного права в усіх зарубіжних країнах. Вони покликані виконувати певні функції в цивільному (господарському) обороті. По-перше, вони є засобом оформлення колективних інтересів — організовують і впорядковують внутрішні відносини між учасниками. По-друге, виступають найбільш оптимальною формою об'єднання капіталів з довготривалою їх централізацією. По-третє, забезпечують обмеження підприємницького ризику, мінімізують майновий ризик учасників. Насамкінець, інститут юридичної особи гарантує ефективне управління капіталом, створює можливості для більш гнучкого його використання.

Такі утворення, їх особливий статус, привертають увагу як науковців, так і практичних фахівців-правознавців. Ними цікавилися юристи всіх історичних періодів, починаючи зі стародавньої Римської республіки, коли невідоме було ще саме поняття «юридична особа». Нині нам відомі ґрунтовні дослідження Ієринга, Гірке, Савіньї, Камінки, Шершенєвича, Сінайського, що проводилися в кінці XIX — на початку XX ст.

Юридичні особи в праві зарубіжних країн — це передусім різноманітні підприємницькі об'єднання. Вони відіграють вирішальну роль в економіці будь-якої держави, відповідно інститут юридичних осіб є одним із центральних інститутів цивільного права в зарубіжних країнах.

Юридична особа (в праві зарубіжних країн) — це суб'єкт цивільного права, що має притаманні лише йому майнові та інші права й обов'язки, виступає від свого імені та

існує незалежно від осіб, що входять до його складу.

Доктрина визначає такі ознаки юридичних осіб.

Майнова **відокремленість** — майно юридичної особи, відокремлене (відділене) від майна інших учасників цивільного обороту, а також від майна членів цієї юридичної особи і не залежить від їх долі.

Самостійна майнова відповідальність за угодами, які укладає юридична особа. Юридична особа відповідає перед третіми особами належним їй майном. Реалізація цього забезпечується майновою відокремленістю юридичної особи.

Організаційна єдність — юридична особа має свою ієрархічну структуру, що містить певні елементи, кожен з яких діє задля реалізації її цілей. Проте ця ознака не є обов'язковою. На сьогодні в багатьох країнах (у тому числі Франції та ФРН) за законом право створювати юридичну особу має одна особа.

Наявність **цивільної й цивільної процесуальної правоздатності**. Цивільною правоздатністю є здатність **виступати в цивільному обороті від свого імені**, самостійно набувати цивільних прав та обов'язків. Цивільною процесуальною правоздатністю є **здатність виступати позивачем чи відповідачем у суді**.

Незалежність існування юридичної особи від її членів (учасників). Ця ознака виділяється англо-американською правовою доктриною. Вона використовується для обґрунтування правомірності існування юридичної особи, що складається з однієї фізичної особи.

Найменування юридичної особи, яке має відрізнитися від найменувань інших суб'єктів права і є необхідним для ідентифікації її в цивільному обороті.

Юридична особа має бути **легалізована через реєстрацію в процесі її утворення**. В усіх країнах порядок утворення юридичних осіб залежить від виду юридичних осіб. Юридичні особи публічного права створюються на підставі публічно-правового акту.

Юридичні особи приватного права, які виникають за ініціативою приватних осіб, **створюються одним з таких способів**:

А) **Дозвільний**. Для створення юридичних осіб необхідно дозвіл компетентного органу державної влади, який вирішує питання про доцільність утворення нового суб'єкта права.

Б) **Явочно-нормативний**. Порядок виникнення та діяльність певного виду юридичних осіб регулює загальний нормативний акт. Право на визнання за об'єднанням прав і статусу юридичної особи набувається за умови виконання передбачених цим загальним нормативним актом вимог. Таке визнання (право) засвідчується реєстрацією даного об'єднання як юридичної особи. Цей спосіб є найпоширенішим у всіх країнах, що вивчаються.

В) **Явочний**. Для утворення юридичних осіб необхідним є позитивне вираження, як правило, наміру діяти в ролі особливого (певного) суб'єкта права. Цей спосіб дозволяє максимально розширити свободу утворення юридичних осіб. За явочним

способом виникають, зокрема, у США — корпорації de facto; у Франції — асоціації.

4.2. Поняття та основні принципи

правоздатності юридичних осіб

у цивільному праві зарубіжних країн

Одне з найбільш дискусійних у правовій науці питань пов'язане з **правосуб'єктністю юридичної особи, тобто її правоздатністю (та дієздатністю), наявністю у неї властивостей суб'єкта права, що є обов'язковою умовою її участі в цивільному обороті, у господарських та інших правовідносинах**. В основі наукової дискусії полягає питання, хто є носієм якостей юридичної особи — реальний суб'єкт права чи штучне утворення, яке існує тільки абстрактно (бо реально діє тільки людина) та має певне юридичне закріплення. Спроби знайти відповідь на ці питання зумовили виникнення різноманітних теорій юридичної особи, які розвиваються і в сучасній цивілістиці.

У зарубіжних правових системах сформувалися різні оригінальні теорії юридичної особи. Зокрема, у континентально-європейському праві виділено кілька фундаментальних теорій, які, як вважається, істотно впливають на практику та визначають розвиток законодавства. Основними вважаються «теорія фікції» та «**теорія реальності**» юридичної особи. Інші, переважно, схилиються або до першої з названих («фікційні» теорії), або до другої («реалістичні» теорії)

Теорію фікції юридичної особи, як вважається, заснував німецький юрист К. Ф. **Савіньї**, який стверджував, що лише людина (тільки вона!) може бути суб'єктом права. Позитивне ж право, на його думку, може звузити коло правоздатних осіб або дещо розширити його за рахунок утворення штучних суб'єктів права, яким є юридична особа. Остання — це поняття абстрактне, вона є лише фіктивним уособленням громадянина, а тому, як проста фікція, недієздатна. Реальними суб'єктами правовідносин залишаються єдино можливі носії правосуб'єктності — фізичні особи (громадяни). Ця теорія одержала підтримку та широке поширення в Англії та США, а такий, що базується на ній, **принцип незалежного від її членів існування юридичної особи став одним з основних у праві корпорацій цих країн**.

Наближеною до теорії фікції юридичної особи за своїм змістом є запропонована А. Брінцом теорія персоніфікованої цілі (або **теорія «цільового майна»**), згідно з якою не існує реального суб'єкта, наділеного якостями юридичної особи; юридична особа є лише персоніфікованою ціллю управління майном. У будь-якому разі фікційні теорії розглядають юридичну особу як породжену правопорядком юридичну фікцію, яка штучно сконструйована та вигадана законодавцем.

Для **теорії реальності** й інших теорій юридичної особи реалістичного спрямування характерним є протилежний напрям обґрунтування її правосуб'єктності. Вони розглядають юридичну особу як реально існуючого особливого суб'єкта права, як **колективну («союзу») особу. Такою особою, як вважають автори цих теорій, є визнане правопорядком людське об'єднання («союз»), що діє як єдине ціле, відрізняється від об'єднаних в ньому осіб, є суб'єктом прав і обов'язків, а його воля є**

загальною волею й відображає спільний інтерес усіх його членів. Засновниками реалістичної теорії вважаються О. Гірке та Г. Безелер. Однією з реалістичних є органічна теорія («теорія біологізації», «теорія соціальних організмів»), згідно з якою юридична особа є соціальним організмом, що відрізняється від колективу людей, які входять до його складу. Цю теорію суттєво розвинули французькі цивілісти Р. Салейль та П. Мішу, у результаті чого вона дещо вивільнена від «біологізації» і стала найбільш повно та докладно розробленою доктриною реалістичного спрямування. Сучасні прихильники органічної теорії розглядають юридичну особу як певну єдність інтересів, однак інтереси об'єднання та його членів чітко розмежовані.

Як самостійна розглядається теорія Ієринга («теорія інтересу»), яка стверджує, що юридичної особи, як такої, у дійсності не існує, це лише юридичний курйоз; законодавець наділяє певними засобами правового захисту окремі групи людей, дозволяє виступати їм зовні як єдине ціле, проте створення нового суб'єкта не відбувається; права і обов'язки юридичної особи належать реальним фізичним особам, які фактично використовують спільне майно та одержують від нього вигоди. Ця теорія поєднує тезу про фіктивність самої юридичної особи з визнанням реальності груп людей, які стоять за нею.

Велика кількість теорій, їх розмаїття зумовлені надзвичайною складністю цього правового інституту. Жодна з них не отримала абсолютної переваги, а пріоритетність тієї чи іншої в певний період у правовій системі певної країни залежала й залежить від форм, характеру та рівня розвитку економічних відносин і має реальне практичне значення, оскільки безпосередньо пов'язана з правоздатністю та способами її реалізації, а саме через здатність мати права та обов'язки досягаються цілі юридичної особи.

Цивільне право зарубіжних країн розрізняє загальну й спеціальну правоздатність юридичних осіб. Загальна правоздатність надає право юридичній особі набувати будь-які цивільні права й нести цивільні обов'язки, за винятком таких, для яких необхідною передумовою є природні якості людини.

Спеціальна правоздатність юридичної особи означає, що вона має право вступати лише в такі правовідносини, які є необхідними для досягнення зазначених у законі чи статуті цілей.

Спеціальна правоздатність юридичної особи була характерною для попередніх історичних періодів, хоча формально цей принцип і нині зберігається в законодавстві багатьох країн. Фактично ж у сучасному світі спеціальною правоздатністю наділяються переважно юридичні особи, діяльність яких не спрямована на одержання прибутку. Щодо комерційних (приватних) юридичних осіб, то стійкою є тенденція до легалізації їх загальної правоздатності. Найповніше вона розвинулася у Швейцарії, де в цивільному кодексі закріплено принцип загальної правоздатності: юридичні особи можуть набувати будь-яких прав та обов'язків, за винятком тих, для виникнення яких необхідною умовою є стать, вік чи родинні відносини (це і майнові, і особисті права).

Вважається, що легалізація загальної правоздатності була започаткована першою Директивою Ради ЄЕС (9 березня 1968 р.), яка передбачала відповідальність компанії перед третіми особами й за такі дії, які виходять за межі передбачених статутом цілей.

У законодавчих актах Німеччини правоздатність юридичних осіб обумовлюється їхніми цілями. Обсяг повноважень органу юридичної особи формально обмежується відповідно до її цілей, однак у такому разі юридична особа відповідає за збитки, завдані її органами під час виконання покладених на них обов'язків. Судова практика виходить з того, що передбачені статутом цілі мають значення лише для внутрішніх відносин. Угоди, укладені юридичною особою з перевищенням передбачених статутом повноважень, або такі, що виходять за межі статутних цілей, є дійсними стосовно третіх осіб і зобов'язують як останніх, так і дану юридичну особу.

У французькому праві також формально закріплено принцип спеціальної правоздатності юридичної особи, однак у доктрині та судовій практиці щодо об'єднань, діяльність яких спрямована на одержання прибутку, основною є тенденція легалізації загальної правоздатності, яка полегшує обіг капіталів у пошуках найбільш вигідних сфер його застосування. Законодавство Франції про торгові товариства передбачає недійсність обмежень щодо повноважень осіб, які діють у ролі органа товариства, стосовно третіх осіб; визначені статутом товариства цілі мають значення виключно у внутрішніх стосунках членів товариства. Акціонерне законодавство взагалі передбачає спрощений порядок зміни цілей товариства.

Англія завжди визнавала загальну правоздатність щодо юридичних осіб, створених спеціальним актом короля. Проте щодо інших юридичних осіб застосовувалася спеціальна правоздатність. Угоди, що виходили за межі цілей юридичних осіб вважалися недійсними як угоди, укладені з перевищенням повноважень — *ultra vires* (зверх сили). Вони не користувалися позовним захистом. Згодом судова практика, формально не відмінюючи принципу спеціальної правоздатності, стала більш широко тлумачити повноваження юридичної особи, якими вона наділяється для досягнення цілей. У 1972 р. був введений в дію закон про

Європейські співтовариства, згідно з яким будь-яка угода, укладена за рішенням керівників об'єднань (юридичних осіб), стосовно добросовісного контрагента вважається укладеною в межах повноважень даної юридичної особи. Презумпція добросовісності контрагента передбачається. У в 1989 р. англійським Законом про компанії принцип *ultra vires* було відмінено.

У США формально вважається діючим принцип *ultra vires*, однак фактично легалізовано загальну правоздатність юридичних осіб. Судова практика визнає за корпорацією дві категорії прав: позитивно виражені повноваження (явні) та такі, що припускаються (неявні). Якщо угода й визнана *ultra vires*, вона не є недійсною, за винятком випадків, коли жодна зі сторін ще не розпочала виконання угоди. Якщо принаймні одна із сторін виконала угоду хоча б частково, то вона є дійсною і зобов'язує всіх учасників.

Легалізація загальної правоздатності закріплена і в Уніфікованому законі про підприємницькі корпорації: жоден акт корпорації і жодні придбання чи відчуження нею рухомого чи нерухомого майна, якщо вони вчинені законним шляхом, не будуть вважатися недійсними за тією підставою, що корпорація не наділена компетенцією чи правом вчиняти такі дії.

4.3. Класифікація юридичних осіб

у зарубіжних правових системах

У праві зарубіжних країн легалізовані різноманітні за характером діяльності та організаційною структурою юридичні особи. Їх класифікація здійснюється за різними підставами.

В усіх країнах у законодавстві та правовій доктрині, перш за все, розрізняють юридичні особи публічного права та юридичні особи приватного права.

Юридичні особи **публічного** права:

- виникають на підставі публічно-правового акту (закону, адміністративного акту);
- реалізують цілі публічного характеру, зазвичай, державні (владні) або суспільно корисні;
- як правило, наділені владними повноваженнями;
- передбачають особливий характер членства в них.

Питання організації, сфери діяльності, представництва таких юридичних осіб регулюються нормами публічного права. До них належать держава, адміністративно-територіальні одиниці, державні установи, торгові й промислові палати, а в деяких країнах окремі державні підприємства.

Юридичні особи **приватного** права

- виникають на основі приватно-правового акту (установчого договору);
- створюються відповідно до цивільного законодавства певної країни на розсуд приватних осіб;
- реалізують цілі, які визначаються приватними особами, як правило, приватного характеру.

Матеріальну основу діяльності таких юридичних осіб також створюють приватні особи. Приватними юридичними особами можуть бути як різноманітні торгові товариства, так і установи чи інші утворення.

Варто зазначити, що юридичні особи публічного права як учасники цивільного (господарського) обороту дедалі більше підпорядковуються правовому режиму юридичної особи приватного права й наділяються такими ж правами і обов'язками, як і приватні.

Має певну практичну цінність поділ юридичних осіб й за іншими підставами :

- за формою власності: державні та недержавні;

- за цілями діяльності: комерційні та некомерційні;
- за складом засновників: такі, що створюються тільки юридичними особами, тільки державою, будь-якими учасниками цивільного обороту;
- за характером правомочностей учасників стосовно самої юридичної особи: такі, в яких засновникам належить право власності чи інші речові права; в яких засновники мають зобов'язальні права (торгові товариства, кооперативи); в яких засновники не мають зобов'язальних прав (наприклад, громадські об'єднання, фонди та ін.);
- за способом утворення: такі, що утворюються дозвільним, явочним, нормативно-явочним способами;
- за формою участі членів: об'єднання осіб (персональні — обов'язковою є участь засновників у діяльності товариства) та об'єднання капіталів (майнові — особиста участь засновників у діяльності товариства є можливою, але не обов'язковою);
- за видами засновницьких документів: договірні, договірно-статутні, статутні;
- за числом засновників: колективні та одноособові.

Важливе значення має поділ юридичних осіб на комерційні (торгові) та некомерційні (цивільні), а також на спілки (об'єднання) та установи.

Некомерційними (цивільними) є юридичні особи, діяльність яких регулюється цивільним законодавством і які за загальним правилом не мають на меті одержання прибутку. Комерційні (то-ргові, господарські) юридичні особи діють за нормами торгового права (у країнах із дуалістичною системою приватного права)

і мають на меті одержання прибутку.

Спілками є юридичні особи, що об'єднують на правах членства кількох фізичних чи юридичних осіб, які й вирішують питання виникнення, визначення цілей юридичної особи та засобів їх реалізації. Спілки можуть бути як комерційними, так і некомерційними.

Установами є юридичні особи, які мають некомерційні цілі (благодійні, культурні, освітні, наукові та ін.), виникнення, мета і зміст діяльності яких визначаються волею одного засновника, який виділяє для цього відповідні кошти. Особи, які користуються результатами діяльності установи (дестинатори), не перебувають з нею в яких-небудь правовідносинах. Установи можуть мати як публічний, так і приватний характер.

4.4. Правові форми здійснення (торгової) підприємницької діяльності в зарубіжних правових системах

Особи, які здійснюють підприємницьку діяльність, у всіх зарубіжних правових системах називаються торговими діями (комерсанти, підприємці, купці та ін.). Їхня діяльність у країнах з дуалістичною системою приватного права регулюється

нормами торгового (комерційного) права: торговими кодексами, спеціальними законами; у країнах з моністичною системою — цивільними кодексами (у центрально-європейській і східно-європейській системах). В усіх країнах діють спеціальні закони

(в т.ч. в англо-американській системі).

У країнах з дуалістичною системою приватного права торгове право є окремою галуззю і сприймається як спеціальне право підприємців. Характер цього права обумовлюється потребами підприємницького обороту, що відрізняється такими поняттями, як оплатність, підвищений захист відносин, що ґрунтуються на довірі, досвідченість, прозорість, універсальність.

Підприємницькою (торговою, комерційною) вважається будь-яка діяльність, спрямована на одержання прибутку, що здійснюється в будь-якій сфері цивільного обороту: виробничій, транспортній, фінансовій, торгівельній, сільськогосподарській тощо. Особи, які здійснюють таку діяльність систематично, у вигляді промислу, є суб'єктами торгової (підприємницької) діяльності, хоча саме це поняття в доктрині дискутується.

Комерсанти (торгові діячі, підприємці) можуть здійснювати таку діяльність самостійно (індивідуальні) або у вигляді об'єднань осіб (колективні). У праві деяких країн виділяють такі групи підприємців: а) які обов'язково визнаються суб'єктами підприємництва (вони здійснюють торговий промисел, тобто їхня діяльність спрямована на одержання прибутку та є тривалою, постійною); б) які одержують такий статус за власним бажанням, хоча це не є обов'язковим (їхня діяльність має невеликі обсяги, не вимагає особливої форми, або вони ведуть сільськогосподарську чи лісгосподарську діяльність); в) які стають такими суб'єктами за формою — це юридичні особи (об'єднання осіб) та підприємці за формою — тобто, якщо вони внесені до торгового реєстру, то не можуть заперечувати здійснення підприємницької діяльності в разі, коли на цю реєстрацію посилаються треті особи.

Торговий реєстр (державний торговий реєстр) — це офіційний юридичний перелік суб'єктів торгового права, який публікується у спеціальних виданнях. Реєстр має публічний і загальновідомий характер, він дозволяє будь-кому одержати достовірні відомості про те, хто є підприємцем, який його правовий статус і деякі інші дані. Як правило, реєструються фірмове найменування, правова форма підприємця (вид товариства тощо), місцезнаходження органів управління, статутні документи, розмір статутного капіталу, предмет діяльності, обсяг відповідальності (для окремих видів товариств), дані про керівників, представників (ім'я, місце проживання).

Після реєстрації в торговому реєстрі підприємець одержує офіційний статус. Однак реєстрація має обов'язкове значення не для всіх форм підприємницької діяльності. Обов'язковій реєстрації у всіх країнах підлягають торгові товариства, що є юридичними особами. У Франції підлягають реєстрації в обов'язковому порядку також індивідуальні підприємці, тоді як в інших країнах вони визнаються суб'єктами торгової діяльності на підставі самого факту здійснення торгових (підприємницьких)

угод. Не має значення торгова реєстрація повних товариств (ФРН), товариств з необмеженою відповідальністю (Англія, США), які діють під фірмою, що містить імена учасників, а також корпорації de facto (США).

Фірмою (фірмовим найменуванням) є торгове ім'я комерсанта (підприємця). Фірма може включати довільні словосполучення, цивільні імена (прізвища) фізичних осіб (індивідуальні підприємці, повні та командитні товариства) або вказівку на предмет діяльності (акціонерні товариства, товариства з обмеженою відповідальністю, компанії в Англії, корпорації в США).

Фірмове найменування торгового товариства повинно містити вказівку на форму товариства: для повних товариств — імена всіх учасників, або одного чи кількох зі словами «та компанія» (і «К»); для акціонерних і товариств з обмеженою відповідальністю — як правило, скорочені вказівки, відповідно A.G. (Aktiengesellschaft) та GmbH (Gesellschaft mit beschränkter Haftung) — у Німеччині; S.A. (société anonyme) та S.A.R.L. (société à responsabilité limitée) — у Франції; для корпорацій у США — Inc. (Incorporation) та Corp. (corporation); для компаній в Англії: приватних — Ltd (limited), публічних — Public Ltd.

Право на фірму виникає в комерсанта (підприємця) з моменту фактичного використання в торговому обороті або з моменту реєстрації в торговому реєстрі, діє безстроково, має економічну цінність, яка може відображатися в балансі підприємця, і захищається від усяких посягань у праві всіх країн на рівні внутрішнього законодавства (кодекси, закони про торгові товариства, товарні знаки та ін.) та міжнародними угодами.

Комерсанта (підприємець) може укласти будь-які торгові угоди та зобов'язаний вести облік усіх угод у торгових книгах та інших документах. Торговими угодами є операції по здійсненню підприємницької (торгової) діяльності відповідно до предмета та цілей діяльності, згідно з правилами торгового обороту. Угода є торговою, якщо вона опосередковує переміщення матеріальних цінностей, укладається в межах здійснення організованої комерційної діяльності, а метою її вчинення є одержання певного прибутку.

В юридичній літературі розрізняють три види торгових угод:

- 1) які визнаються торговими за своєю природою: купівля рухомого та нерухомого майна з перспективою перепродажу, пов'язані з проведенням громадських видовищ, продажів з аукціону, використанням складських приміщень, діяльністю промислових і транспортних підприємств, обмінні та банківські операції, комісійна торгівля, посередницькі послуги у сфері торгівлі, страхування тощо;
- 2) які є торговими за формою укладення: вчиняються торговими товариствами в процесі їхньої основної діяльності, пов'язані з обігом торгових активів, видача тратти (переказного векселя);
- 3) які є торговими за приналежністю: усі інші, за винятком перерахованих; діє презумпція, що будь-яка угода, яка укладається комерсантами, є торговою за приналежністю, якщо не доведене протилежне (наприклад, що вона мала особистий

або сімейний, побутовий характер) .

Як вже зазначалося, торговим діячами (комерсантами, підприємцями) виступають як індивідуальні особи, так і колективні утворення, при цьому, навіть якщо вони діють у формі торгового товариства, не обов'язково мають статус юридичної особи . Щодо інших форм підприємництва (торгової діяльності), у яких воно здійснюється без статусу юридичної особи, в усіх країнах допускаються схожі організаційно-правові форми, та існують певні розбіжності, які стосуються переважно торгових товариств .

Юридичними (правовими) формами здійснення підприємницької (торгової) діяльності у ФРН можуть бути як юридичні особи, так і об'єднання (структури, особи), що не мають такого статусу. Статус юридичних осіб мають: товариство з обмеженою відповідальністю, акціонерне товариство, акціонерна команта, державне підприємство, виробничий кооператив. Не мають статусу юридичної особи: повне (відкрите) товариство, командитне, негласне, одноособове (індивідуальне) підприємництво, представництво та філія юридичної особи, у тому числі іноземної, а також короткострокові, однопредметні, разові об'єднання осіб.

Право Франції серед правових форм підприємництва, які мають статус юридичної особи, виокремлює такі: повні товариства, командитні, акціонерні, акціонерні команти, товариства з обмеженою відповідальністю, державні підприємства. Учасниками підприємницької діяльності, що не мають статусу юридичної особи, є: одноособові (індивідуальні) підприємці, філії та представництва французьких та іноземних юридичних осіб, а також короткострокові, однопредметні, разові об'єднання осіб.

Правовими формами здійснення підприємництва, які не мають статусу юридичної особи, в Англії та США вважаються одноособове (індивідуальне) підприємництво, філії та представництва (англійських) американських та іноземних юридичних осіб, короткострокові, однопредметні, разові об'єднання осіб (спільна діяльність), акціонерні компанії (США), їх асоціації та торгові трести, корпорації de facto у США.

4.5. **Поняття та види торгових товариств**

у праві зарубіжних країн

Торговим товариством є об'єднання осіб, яке здійснює торговий промисел (підприємницьку діяльність) з метою розподілення між учасниками одержаного прибутку. У країнах із дуалістичною системою приватного права торгові товариства підпадають під сферу дії норм торгового права й підлягають, як правило, обов'язковій реєстрації в торгових реєстрах. Вони мають єдине фірмове найменування й особливий правовий режим.

Діяльність торгових товариств регулюється цивільними та то-рговими кодексами, спеціальними законами та судовою практикою, а в країнах англо-американського права — і судовим прецедентом. У Франції діють: окремий Закон про торгові товариства (1966 р.), Декрет про торгові товариства (1967 р. — розвиває положення закону), Декрет про реєстр торгівлі та товариств (1984 р.); у ФРН — норми НТК і Акціонерний закон (1965 р.); в Англії — Закон про товариства (1890 р.), Закон про

товариства з обмеженою відповідальністю (1907 р.), Закон про компанії (1989 р.), Закон про цінні папери (1937 р.); у США — Уніфіковані (Єдині) закони: про товариства, про командитні товариства, про підприємницькі корпорації, які прийнято більшістю штатів.

В усіх цих країнах існують певні різновиди торгових товариств, які підприємці можуть використати як організаційні форми своєї діяльності. В окремих країнах допускається можливість поєднання двох або більше видів торгових товариств у одному (акціонерного та командитного).

Право зарубіжних країн розрізняє такі **види торгових товариств**:

- повні товариства (Франція, США); вони ж — відкриті товариства (ФРН), товариства з необмеженою відповідальністю (Англія);
- товариства з обмеженою відповідальністю (Франція, ФРН); вони ж — командитні товариства з обмеженою відповідальністю (США);
- командитні товариства (Франція, ФРН), професійні командитні (США);
- акціонерні товариства (корпорації — в США); вони ж — компанії з обмеженою відповідальністю (Англія);
- командитні, засновані на акціях (акціонерна командита — ФРН, Франція);
- негласні товариства (включають, окрім засновника, вкладника, який вносить певні кошти, у межах яких може зазнати збитків, має право на прибуток, не бере участі в управлінні та юридично не існує для третіх осіб).

У кожній окремій країні існують певні з наведених видів товариств, правове регулювання їх діяльності в різних країнах є різним, проте вони мають деякі спільні риси, за якими їх класифікують на відповідні групи:

Об'єднання осіб та об'єднання капіталів. Об'єднання осіб (персональні товариства) передбачають об'єднання майна учасників і їх спільну діяльність як обов'язкову умову існування товариства; кожен член товариства має право вести справи та представляти товариство; у них обмежується право на уступку членства іншим особам (повне товариство, командитне товариство, негласне).

Об'єднання капіталів (майнові товариства) не передбачає обов'язкової участі членів у організації процесу діяльності торгового товариства; оперативну діяльність цих товариств і їх представництво здійснюють спеціально створені органи; відповідальність за діяльність таких товариств несе саме торгове товариство (воно є юридичною особою; це — акціонерні товариства, товариства з обмеженою відповідальністю, англійські компанії, корпорації США). Часто характер обраної підприємницької діяльності вимагає певного виду торгового товариства: закон допускає діяльність у певній сфері підприємництва тільки в конкретному виді торгового товариства.

Як вже зазначалося, торгові товариства як учасники підприємництва (торгового обороту) у зарубіжних країнах не завжди мають статус юридичної особи. Зокрема,

об'єднання капіталів у всіх країнах діють як особливий суб'єкт права — юридична особа, а персональні товариства в деяких країнах (ФРН) не визнаються юридичними особами й не мають відповідного правового статусу. Тому вони, наприклад, не сплачують корпоративний податок і податок на майно; вимоги щодо відповідальності за результатами діяльності таких торгових товариств пред'являються до їх учасників персонально.

Договірні та статутні торгові товариства виокремлюють залежно від документів, якими визначається їхній правовий статус. Договірними вважаються повні, командитні, негласні товариства; статутними — акціонерні, з обмеженою відповідальністю, компанії в Англії та корпорації в США. Деякі товариства діють на основі договору та статуту (у континентальному праві) або меморандуму (статуту) та внутрішнього регламенту (у англо-американському праві). В юридичній літературі наводяться й інші класифікації торгових товариств.

4.6. Види юридичних осіб у континентальній цивільно-правовій системі

У праві Німеччини до юридичних осіб публічного права належать: держава, місцеві громади, округи, державні установи, навчальні заклади, торгові палати, благодійні організації, державні підприємства тощо.

Юридичні особи приватного права поділяють на спілки (корпорації) та установи. Спілки — відповідно на господарські та негосподарські.

Господарськими (комерційними) спілками є різноманітні торгові товариства, які визнаються суб'єктами права і регулюються спеціальним законодавством. Однак, як вже підкреслювалося, не всі види торгових товариств мають статус юридичної особи. Законодавство ФРН закріплює такі види торгових товариств: відкрите (повне) торгове товариство (Offene Handelsgesellschaft), товариство з обмеженою відповідальністю (Gesellschaft mit beschränkter Haftung), командитне (Kommanditgesellschaft), негласне (die stille Gesellschaft), акціонерне (Aktiengesellschaft), акціонерна командита (Kommanditgesellschaften und Aktiengesellschaften). Повне та негласне товариства не мають статусу юридичної особи.

Акціонерною командитою є командитне товариство на акціях, яке поєднує в собі ознаки акціонерного товариства та командитного: вклади командитистів виражені в акціях.

У негласному товаристві, окрім власника, є негласний товариш (вкладник), якого юридично не існує для третіх осіб. Вкладник має право вимоги до власника, право на прибуток, у разі ліквідації НТ вправі вимагати повернення свого вкладу після розрахунків із кредиторами, несе збитки в межах свого вкладу, має право контролю за діяльністю, однак не бере ніякої участі в управлінні товариством.

У німецькому праві окремо виділяють товариства цивільного права — діють на основі угоди фізичних осіб чи інших об'єднань, в якій вони зобов'язуються досягати

передбачених цілей шляхом надання взаємних послуг і спільної діяльності. Такі товариства можуть мати так звані ідеальні цілі, об'єднуючи представників вільних професій (не підприємців) або ж власне підприємницькі цілі. Якщо ж у процесі реалізації підприємницької діяльності вона досягає великих обсягів чи буде облаштована підприємницьким чином, товариство має бути визнане відкритим торговим (повним) товариством і діяти відповідно до правил, що регулюють діяльність останнього. Договір про таке товариство зобов'язує учасників до виконання певних робіт чи надання послуг (ставлячи їх у становище кредиторів і боржників), тобто він має як організаційний, так і зобов'язальний характер. Кожен з учасників має право та зобов'язаний керувати справами товариства, а також дотримуватись принципів довіри та рівного ставлення до всіх учасників. Розподіл доходів і збитків здійснюється в такому товаристві без урахування внесків, хоча договором може бути передбачений інший порядок.

Сучасна німецька правова доктрина відмежовує від персональних об'єднань об'єднання капіталів, які називають корпораціями, хоча сам термін «корпорація» більш притаманний країнам англо-американської правової системи.

Як прототип корпорацій у праві ФРН розглядається **цивільно-правова спілка (Verein)**, яка може бути правоздатною (має статус юридичної особи — за умови реєстрації) або неправоздатною (не має статусу юридичної особи, оскільки не внесена до реєстру; це профспілки, студентські організації та ін.). Цивільно-правова спілка відрізняється від товариства цивільного права тим, що її статус не залежить від зміни учасників (членів) об'єднання.

Установи в німецькому праві — це юридичні особи, що виникають на підставі односторонньої угоди (акту) приватної особи, яка створює установчий акт, визначає цілі та виділяє майно для їх досягнення.

Особи, які користуються послугами такої установи (дестинатори), не перебувають у відносинах членства ні між собою, ні з установою. Ними можуть бути як окремі особи, так і колектив певних осіб чи суспільство в цілому.

У французькому праві до юридичних осіб публічного права належать держава, департаменти, державні установи, державні навчальні заклади, торгові палати, благодійні організації, державні господарські підприємства та ін.

Юридичні особи **приватного** права створюються у вигляді **спілок** (об'єднань, союзів); праву Франції не притаманний інститут установи. Основними видами спілок є асоціації (association) та товариства (societe).

Серед приватних юридичних осіб у Франції виокремлюють об'єднання зі **спільною економічною ціллю (об'єднання за економічними інтересами)**. Їх легалізовано в 1967 році з метою створення відповідної організаційної форми для тих монополістичних об'єднань, діяльність яких не пов'язана безпосередньо з одержанням прибутку і спрямована на всебічне сприяння виробничій і комерційній активності членів об'єднання, концентрації ресурсів у найбільш перспективних галузях і проведення єдиної економічної політики в межах усього об'єднання.

Асоціаціями є об'єднання осіб, діяльність яких спрямована на досягнення соціальних, культурних, наукових, благодійних й інших так званих ідеальних цілей. Вони не мають на меті одержання прибутку і займаються господарською діяльністю лише остільки, оскільки це необхідно для забезпечення їхньої основної діяльності. За асоціаціями держава визнає спеціальну правоздатність та залишає за собою право контролю за їх діяльністю.

Товариство у французькому праві — це договір, в силу якого дві чи кілька осіб (підприємці — фізичні чи юридичні особи) домовляються створити спільне майно та розподіляти вигоди чи вилучати можливу економію з цього. В юридичній літературі розглядаються й інші тлумачення. Особливе місце в економічному житті Франції мають різноманітні торгові товариства, діяльність яких регулюється Законом про торгові товариства (1966 р.). Товариство вважається торговим, якщо предметом його діяльності є вчинення торгових угод, а метою — одержання прибутку. Усі легальні (зареєстровані) товариства (окрім негласних) у Франції мають статус юридичної особи.

Основні види торгових товариств Франції та ФРН збігаються: повне товариство, товариство з обмеженою відповідальністю, командитне, негласне, акціонерне, акціонерна командита.

4.7. Види юридичних осіб та інші форми

здійснення підприємництва

в англо-американській

цивільно-правовій системі

У праві Англії всі юридичні особи є корпораціями, які поділяються на корпорації — об'єднання осіб (corporation aggregate) та одноособові корпорації (corporation sole).

Одноособові корпорації складаються з однієї фізичної особи, яка у зв'язку із займаною посадою користується статусом юридичної особи: король, єпископ Кентерберійський, міністр пошти (зв'язку), публічний довірчий власник і т.ін. По суті, це особи, які послідовно одна за одною обіймають певну публічну посаду та інкорпоровані так, що утворюють єдину «безперервну» юридичну особу.

Корпорації (об'єднання осіб), які діють у торговій (підприємницькій) сфері, називаються компаніями (company). Компанії поділяють на публічні й приватні. Публічною є компанія, яка визнана такою в засновницьких документах і зареєстрована як публічна, що можливо лише за умови, якщо статутний фонд становить не менше встановленого законом мінімуму. Якщо статутний капітал стає меншим за встановлений мінімум, то ця компанія повинна перереєструватися на приватну. Взагалі публічна корпорація (компанія) в англійському праві має особливе тлумачення. До неї належать державні підприємства, які виконують суспільно-корисні функції, а також компанії, які проводять відкриту підписку на акції серед широкої публіки.

Приватною є компанія, яка має менший, аніж визначено для публічних, статутний

капітал. Якщо він перевищує межі мінімального, то ця компанія повинна перереєструватися на публічну.

Закон виділяє декілька різновидів компаній на підставі характеру майнової відповідальності перед третіми особами. Їх класифікація в англійському праві дещо відрізняється від існуючої в романо-германській цивільно-правовій системі:

- компанія (товариство) з необмеженою відповідальністю (unlimited partnership) — відповідає за змістом повному товариству в країнах романо-германського права;
- товариство з обмеженою відповідальністю (limited partnership) — за змістом приблизно відповідає командитному товариству в романо-германському праві;
- компанія з обмеженою відповідальністю (corporation) — аналог акціонерного товариства в країнах континентальної системи права.

В останні роки в Англії поширюються приватні компанії, що складаються з однієї особи (one-man-company).

В англійському праві виділяють також квазікорпорації — такі юридичні особи, які визнаються як одне ціле лише для досягнення конкретної мети. Прикладом можуть бути профспілки, які взагалі не визнаються юридичними особами, однак вони можуть мати окремі права корпорації: мати своє майно, укласти угоди (переважно угоди з найму), а також подавати позови, пов'язані з наклепами на профспілки та захистом їхньої честі чи репутації, можуть виступати відповідачами в справах за позовами їхніх членів про відновлення членства в профспілці.

У праві Англії немає інституту установи. Відповідні цілі реалізуються через інститут довірчої власності: одна особа, яка встановлює довірчу власність (засновник), передає іншій особі (довірчому власникові) майно для управління в інтересах визначених бенефіціаріїв — зазначених засновником осіб, які є вигодонабувачами. Останніми можуть бути як конкретні особи, так і невизначене коло осіб.

За правом США всі юридичні особи, як і в англійському праві, є корпораціями. У доктрині існує досить детальна їх класифікація. Перш за все, виділяють публічні корпорації — public corporation — (громадські, урядові, політичні), які можуть бути федеральними, муніципальними, окружними, господарськими, а також квазімуніципальними.

Приватні корпорації (private corporation) поділяють на комерційні та некомерційні. Некомерційними корпораціями (non-profit corporation) є благодійні, освітні, культурні фонди та ін.

Серед комерційних корпорацій (business corporation) доктрина та судова практика виділяють такі: закриті (closely held), відкриті (publicly held), де-юре (de jure), де-факто (de facto), внаслідок естопеля (by estoppel), професійні (professional), одноособові (sole), колективні (aggregate), місцеві (domestic), іноземні (foreign), дочірні (subsidiary), основні (parent), залежні (controlled), торгові (trading), компактно-мобільні (collapsible), пересувні (migratory), квазіпублічні (quasi-public), чартерні (sub-charter), мобільні (tramp), фіктивні (dummy), неактивні («сплячі» — dormant/shell).

Корпорація існує *de jure*, якщо в процесі її утворення були до-тримані вимоги імперативних норм закону щодо порядку її утво-рення та реєстрації. Корпорація *de facto* визнається такою за наявності певних умов. Якщо не виконані передбачені законом вимоги щодо порядку утворення корпорації, об'єднання розглядається як юридична особа, якщо: у даному штаті існує закон, на підставі якого може бути утворена подібна корпорація; мала місце добросовісна спроба утворити юридичну особу у встановле-ному законом порядку; об'єднання здійснює підприємницьку діяльність у формі корпорації. За наявності цих умов ні треті особи, ні саме об'єднання не в змозі оспорювати існування корпорації. Ця теорія корпорації *de facto* доповнюється певними обмеженнями: якщо особи своєю поведінкою дають підстави вважати, що вони здійснюють підприємницьку діяльність і спонукають третіх осіб вступати з ними в ділові стосунки, то вони не можуть посилаючись на відсутність корпорації для заперечення позовів третіх осіб.

Корпорації, внаслідок естопеля, передбачають діяльність об'єднання осіб, яка хоч і не є легалізованою, однак здійснюється у формі підприємництва, що позбавляє дане об'єднання права заперечувати укладені ним угоди, посилаючись на відсутність статусу юридичної особи.

Квaziмуніципальними є публічні корпорації *де-факто*.

Організаційними формами комерційних корпорацій США (та підприємництва зокрема) є певні види торгових товариств: з обмеженою відповідальністю (*limited liability partnership*), командитні (*limited partnership*), професійні командитні (*professional limited partnership*), командитні товариства з обмеженою відповідальністю (*limited liability limited partnership*), повні (*general partnership*). Розрізняють також компанії з обмеженою відповідальністю (*limited liability company*).

ГЛАВА 5

ПРЕДСТАВНИЦТВО В ЦИВІЛЬНОМУ

Й ТОРГОВОМУ ПРАВІ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

Богатых Е. Гражданское и торговое право (От древнеримского к современному российскому). — М., 2000. — С. 94—101; Гражданское право. Учебник / Под. ред А. П. Сергее-

ва, Ю. К. Толстого. — М., 1997. — Ч.1. — С. 58—75; Гражданское и торговое право капиталистических государств. — М., 1993. — С. 92—102; Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. — М., 2001. — С. 472—477; Канзафарова И. С. Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебн. пособ. — Харьков, 2003. — С. 14—77, 102—136; Осаке К. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и особенная части М.: Дело, 2000.; Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование. — М., 1999. — С. 13—79; Тынель А., Функ Я., Хвалей В. Курс международного торгового права. — Минск, 2000. — С. 271—296; Цивільне право України / За ред. Дзери О. В., Кузнецової Н. С. — К.: Юрінком Інтер, 2002. — Кн.1. — С. 51—77; Юридическая энциклопедия / Под общ. ред. Б. Н. Топорнина. — М., 2001. — С. 13, 254, 431—432, 770—771, 932—834.

5.1. Поняття та види представництва

в цивільному праві зарубіжних країн

Інститут представництва існує і достатньо розвинений в усіх цивільно-правових системах. У країнах романо-германської системи це інститут матеріального права. Норми про представництво розміщені у відповідних главах цивільних кодексів — ФЦК та НЦК.

Представництво тлумачиться як правовідносини, за яких одна особа (представник) вчиняє юридичні дії від імені іншої особи (яку представляють) та в її інтересах.

У країнах континентальної системи права інститут представництва має багато спільних рис з аналогічним інститутом у вітчизняному праві. Доктрина відрізняє представництво довірче (засноване на договорі доручення або якщо з обставин справи очевидно, що особа проявляє волю від імені особи, яку представляють (ФРН), і законне (представництво у зв'язку з батьківськими чи опікунськими правами, представництво органів юридичних осіб, виконавців заповіту тощо). Хоча такий розподіл не завжди чітко виділений у законодавстві. Представництво може ґрунтуватися на законі, адміністративному акті, рішенні суду, договорі, звичаї.

Представник зобов'язаний діяти особисто, виключно в межах наданих йому повноважень, звітувати перед особою, яку представляє, передати все отримане за угодами довірителю; угоди, які він укладає від імені особи, яку представляє, визначають права й обов'язки для останньої. Угоди, що виходять за межі повноважень представника, є обов'язковими лише за умови їх подальшого схвалення особою, яку представляють. Це схвалення може бути висловлене прямо або за замовчуванням (ФРН). Якщо такі угоди не схвалено, а представник не попередив третіх осіб про перевищення повноважень, то він особисто є зобов'язаним перед ними.

В юридичній літературі повноваження представника класифікують на **універсальні**, які дозволяють здійснювати будь-які права особи, яку представляють; **генеральні**, що дають право вчиняти всі можливі юридичні дії у певній сфері чи для ведення певного підприємства; **спеціальні** — для укладення однорідних угод; та **разові** — на укладення однієї угоди.

Водночас, у окремих країнах існують свої особливості. Зокрема, у Франції відносини **представництва регулюються ФЦК, переважно, нормами, що стосуються договору доручення**. На практиці ж повноваження представника розглядаються як одностороння заява особи, яку представляють, і не пов'язуються обов'язково з договором доручення.

За законодавством ФРН (НЦК) **представництво вважається довірчим не лише у випадках, коли представник виявляє волю в межах його офіційних повноважень, а й тоді, коли з обставин справи очевидно, що дії вчиняються від імені особи, яку предста-вляють**. Повноваження можуть відображатися в заяві, яка надається або представнику, або третім особам без спеціальної форми, або висловлена у публікаціях (у такому випадку представник правомочний стосовно всіх третіх осіб).

Від відносин представництва у континентальному праві відрізняють посередництво, метою якого є укладання угоди між зацікавленими особами. Посередництво реалізується через посередницькі фірми, маклерів, брокерів тощо, які професійно займаються сприянням укладанню різноманітних угод комерсантами. Посередник відрізняється від представника, оскільки виступає незалежною особою стосовно обох сторін, а представник діє лише для однієї зі сторін і сам від її імені укладає угоду. Для посередництва в певних сферах діяльності (наприклад, щодо угод з цінними паперами на фондових біржах і т.ін.) необхідний спеціальний дозвіл уповноважених органів держави.

В англо-американському праві представництво регулюється нормами прецедентного права та судової практики. Поділу представництва на законне та договірне, пряме та непряме не існує. Сам термін «представництво» має ширше тлумачення, ніж у континентальному праві, і охоплює всі відносини між особами, в яких одна (агент) діє за іншу (принципала) і під її контролем, зокрема прямого й непрямого представництва, посередництва, комісії та ін. Відповідно комісіонери, торгові представники, комівожери, брокери, капітани суден, адвокати та ін. розглядаються як агенти (представники).

Одночасно з наданням агенту повноважень йому передається згода на вчинення ним усіх юридичних дій (угод), які вважаються допустимими для виконання даного повноваження, за винятком одержання платежів, на що необхідно мати прямий дозвіл (вказівку) у договорі.

Якщо обставини вимагають виняткових заходів для захисту інтересів принципала, допускається перевищення агентом своїх повноважень.

У відносинах з третіми особами, в яких агент діє в інтересах принципала, він може виступати як від імені останнього, так і від власного імені. Він має право повідомити про існування принципала та його ім'я або повідомити про нього, не розкриваючи його імені, або ж укласти угоду від свого імені не розкриваючи факту існування принципала. Укладені агентом угоди, незалежно від форми його участі в них і повідомлення чи не повідомлення третім особам про існування принципала, зумовлюють виникнення прав і обов'язків у останнього. Принципал у будь-якому разі має право звертатися до третіх осіб з вимогами, що впливають з укладених агентом угод. Треті особи в разі, коли агент повідомив їх про існування принципала, можуть звертатися з вимогою лише до принципала. Якщо під час укладання агентом угоди не повідомлено про існування принципала, то треті особи можуть звертати свої вимоги за такими угодами як до принципала, так і до агента.

Відносини, аналогічні до законного представництва в країнах континентального права (представництво у зв'язку з батьківськими чи опікунськими правами, представництво органів юридичних осіб тощо), в англо-американській правовій системі врегульовуються, зокрема, за допомогою інституту довірчої власності (трасту).

Повноваження представників у договірних відносинах, як правило, ґрунтуються на

довіреності, яка може бути простою письмовою або нотаріально посвідченою. В англо-американсь-кому праві остання може оформлятися так званим договором «за печаткою».

5.2. Поняття та види торгового

(комерційного) представництва

в країнах континентального права

У всіх країнах, що вивчаються, окремо врегульоване торгове (комерційне) представництво, тобто представництво, яке застосовується підприємцями (комерсантами) у торговій діяльності. У ролі торгових (комерційних) представників виступають особи, які мають особливі професійні навички й знання в певній сфері діяльності. Інститут представництва в комерційній діяльності застосовується і в тих випадках, коли певний комерсант для зручності та вигоди усувається від ведення власних справ та контролю за ними, доручаючи їх не менш компетентним особам — представникам. Особливості підприємницької діяльності, зокрема, присутність комерційного ризику, невизначеності, зумовлюють особливий довірчий (фідучіарний) характер відносин між комерсантом і його представником.

У романо-германській правовій системі відносини торгового (комерційного) представництва регулюються нормами торгових кодексів і спеціальних законів. На них поширюються й загальні норми цивільних кодексів щодо питань, які не врегульовані нормами торгового права.

За правом ФРН відрізняють пряме та непряме торгове представництво. За прямого представництва представник діє від імені комерсанта, однак сам не є підприємцем.

Законне торгове (комерційне) представництво застосовується в діяльності торгових товариств: органи управління представляють товариство в суді та в інших правовідносинах. У статутах відповідних товариств можуть детально визначатися функції органів, що мають такі повноваження. У разі спільного представництва членів правління за кожним з них можуть закріплюватися функції з представництва для укладення певного виду угод або для окремих правочинів.

До прямого представництва належать прокура та торгове повноваження.

Прокура є різновидом представництва службовців торгового підприємства, тобто осіб, які працюють за наймом у даного підприємця і мають певні представницькі повноваження відповідно до трудового договору й закону. Такі особи за службовими обов'язками повинні представляти підприємство в процесі укладення угод і вчинення інших дій; вони є підлеглими стосовно підприємця (підприємства), беззаперечно дотримуються його вказівок, звітують перед ним про виконання функцій та одержують за це відповідну заробітну плату.

Прокурист (представник) має надзвичайно широкий обсяг повноважень, які не можуть бути обмежені. Він вправі укладати всі угоди, які властиві торговим підприємствам взагалі, а не лише даному конкретному підприємству, навіть якщо вони виходять за межі цілей його діяльності. Прокурист може без додаткового до-

згоду вчиняти дії, які доступні тільки власникові, зокрема, відчужувати майно, передавати майно під заставу та ін.

Прокура надається службовцеві власником або його законним представником, який повинен мати згоду опікунського суду. Вона є чинною навіть зі зміною власника підприємства. Встановлення прокури та її припинення підлягає обов'язковій реєстрації в торгових (державних) реєстрах.

Вчиняючи ті чи інші угоди, прокурист повинен до назви підприємства, яке він представляє, додавати вказівку на існування прокури. Він не вправі передавати свої повноваження іншим особам. Разом з тим, існують певні способи обмеження повноважень прокуриса: обмеження повноважень представника діяльністю певної філії підприємства, надання прокури кільком особам, підписи кожної з яких необхідні для дійсності угоди, що укладається однією з них.

Представництвом службовців торгового товариства (підприємства) у більш вузькому значенні є торгове повноваження (ФРН). Воно уповноважує представника лише на здійснення тих юридичних дій, які може вчиняти конкретне підприємство (а не будь-яке торгове взагалі). Торгове повноваження може видаватися як на управління цілим підприємством, так і на укладання певного виду торгових угод або однієї угоди.

Торгове повноваження не підлягає реєстрації. Правомочності представника відображаються в довіреності. Визнання та схвалення комерсантом дій представника може здійснюватися у формі мовчазної згоди, що, власне, і розглядається як доказ існування торгового повноваження .

Ще одним з видів представництва службовців є комівояжерство. Комівояжери (представники) — це особи, які приймають замовлення на продукцію (товар) у зазначених підприємцем регіонах. Окрім заробітної плати, комівояжери мають право на відшкодування витрат на поїздки, а також можуть одержувати гроші за товари та встановлювати терміни платежів . У деяких країнах для такої діяльності потрібен спеціальний дозвіл компетентного органу держави.

Непряме представництво здійснюється через торгових представників, а також шляхом укладання угод доручення та комісії.

Торгові представники — це особи, які в ролі самостійного підприємця (промислу) здійснюють постійні повноваження посередництва та представництва з укладення різноманітних угод і надання послуг торговому підприємству, з яким не пов'язані трудовими (службовими) правовідносинами. За виконання таких функцій вони одержують винагороду у вигляді обумовленого відсотку від вартості укладеної угоди або виплати чистого прибутку (тантьєми). Це самостійні підприємці, які вільно здійснюють свою діяльність і визначають свій робочий час. Торговими представниками можуть бути або фізичні, або юридичні особи.

Торговий (комерційний) представник реєструється як особа, що здійснює самостійний промисел (підприємництво), він веде відповідну документацію зі своєї діяльності (торгові книги); на здійснення постійного представництва конкретного підприємства повинен мати відповідну довіреність (доручення).

Торговий (комерційний) представник може виконувати як представницькі, так і посередницькі функції. Він може одночасно здійснювати представництво кількох підприємств, зокрема і конкуруючих, якщо застереження про заборону представляти інтереси підприємства-конкурента немає в договорі доручення.

За договором торговий представник може мати виключне право на укладення угод від імені підприємства на певній території. У такому разі підприємець не може призначати інших агентів чи користуватися послугами маклерів, комісіонерів тощо на цій самій території. Якщо ж комерсант порушив це правило і самотійно або через інших осіб уклав угоду на цій території, то торговий представник має право на одержання винагороди за такою угодою.

Представництво, засноване на договорі доручення, у праві ФРН завжди має безоплатний характер. Повірений зобов'язується виконувати будь-які фактичні та юридичні дії, покладені на нього довірителем.

Представництво, що ґрунтується на договорі комісії, здійснюється комісіонером, який бере на себе обов'язки вчиняти угоди за рахунок комерсанта (комітента), але від свого імені. Комісіонер теж є комерсантом, здійснює відповідну діяльність у вигляді промислу і зберігає повну самотійність у відносинах із третіми особами.

Особливий статус має торговий маклер, тобто посередник у підприємницьких договорах (поставка, продаж товарів, цінних паперів, страхове забезпечення, оренда суден тощо). За правом Німеччини посередництво відокремлене від представництва, однак згідно з законом не вважається протиправним, наприклад, діяльність страхового агента, який укладає договори.

Формами торгового (комерційного) представництва є такі: договірний продавець (комерсант, що входить до структури підприємства — виробника та на основі постійного з ним договору від свого імені та за свій рахунок поширює його товари, підтримує оборот, використовуючи позначки виробника поряд з власними); комісійний агент (діє як комісіонер, однак на постійній основі); франчайзинг. В юридичній літературі виділяють окремі ознаки договору франчайзингу, які дають підстави розглядати такі відносини як представницькі: користувач виключних прав (представник) є самотійним у правовому сенсі суб'єктом, йому доручається пропонувати товари та послуги на ринку під єдиною маркою.

За французьким законодавством торгове (комерційне) представництво має переважно договірний характер і може ґрунтуватися на трудовому договорі між підприємцем та службовцем торгового товариства, або на договорі доручення (або комісії) між особами, які не перебувають між собою в трудових відносинах. Таке представництво майже не відрізняється від аналогічного в німецькому праві.

Службовцями, які виконують представницькі функції, окрім учасників органів управління, є роз'їзні агенти, торгові представники та агенти зі збуту товарів. Ці службовці мають професійні посвідчення представників. Обсяг їх повноважень визначається в контракті, який може укладатися в усній або письмовій формі. Вони мають право на компенсацію витрат на роз'їзди. Цікавим є те, що вони можуть

представляти інтереси одного чи кількох підприємств, якщо іншого не обумовлено в договорі. Вони не в змозі укласти торгові угоди за свій рахунок та задля власної вигоди.

У законодавстві Франції існує також інститут торгового агента, що є аналогічним інституту торгового представника у німецькому праві й характеризується такими ж ознаками. Торгові агенти повинні бути зареєстровані в канцелярії торгового суду або суду великої інстанції. Вони не є службовцями торгового товариства, від імені якого діють: укладають угоди купівлі-продажу, найму, надають інші послуги. Повноваження торгових агентів визначаються в угодах з комерсантами, які обов'язково укладаються у письмовій формі. Повноваження можуть бути спеціальними (для однієї угоди) або загальними (для будь-яких торгових угод).

Торговий агент зобов'язаний діяти особисто, на високому професійному рівні; він має право на винагороду відповідно до обсягу та якості виконаної роботи. Він може найняти будь-якого іншого агента на власний розсуд, якому сам виплачуватиме винагороду, однак залишатиметься відповідальним перед комерсантами — довірителем. Торговий агент може укласти угоди одночасно з кількома довірителями, у тому числі й конкуруючими фірмами, якщо на це є згода довірителів. Поряд з виконанням представницьких функцій торговий агент вправі вчиняти торгові угоди за власний рахунок і для задоволення власних інтересів.

5.3. Торгове (комерційне) представництво

в англо-американській правовій системі

Основним джерелом регулювання торгового представництва в англо-американському праві є судова практика.

Підставою виникнення торгового представництва відповідно до англійського права є агентський договір. Для його укладення не вимагається наявності повної дієздатності як у самого агента, так і в особи, від імені якої він діє (принципала). Однак, недієздатність неповнолітнього агента може слугувати захистом від відповідальності перед принципалом, що впливає із загальної концепції активної правоздатності фізичної особи. Виникнення агентських відносин можливе за різних фактичних обставин. По-перше, у разі фактичного надання принципалом агенту повноважень на укладення угоди в усній формі, письмовій або договорі «за печаткою». Такі повноваження можуть бути виражені прямо або припускатися.

По-друге, такі відносини можуть виникати у випадках укладення агентом угод для принципала без попереднього доручення, однак з подальшим схваленням принципалом таких дій агента. Для того, щоб дії агента схвалили, він повинен укласти угоди, виходячи з того, що він є агентом реально існуючого принципала й угоди, які він укладає, в змозі укласти сам принципал.

По-третє, агентські відносини можуть виникати, якщо фактичного надання принципалом повноважень не було, однак вони припускалися. Ідеться про випадки, коли внаслідок слів чи дій принципала складається враження, що агент наділений повноваженнями, тоді як насправді такого наслідку не передбачалося.

У такому разі принципал вважається зобов'язаним за угодами, укладеними таким агентом, якщо: висновок про наявність повноважень зроблено на підставі дій (слів) самого принципала; третя особа припускає наявність у агента саме агентських повноважень та не знає про їх фактичну відсутність.

По-четверте, агентські відносини за англійським правом можуть виникати також у випадку вчинення необхідних дій, якщо такі дії були єдино доцільними за даних обставин; агент не мав часу одержати згоду принципала і діяв чесно в його інтересах. Такі дії агент виконує без розрахунку на отримання винагороди.

Підставою виникнення представництва в комерційній (торговій) сфері за правом США є виключно агентський договір. Норми щодо торгового представництва закріплено в законодавстві окремих штатів, однак вони характеризуються узгодженістю.

Агентські договори можуть укладатися в усній або письмовій формі. Якщо ж немає договору, то питання щодо дійсності агентських відносин вирішується на підставі фактичних взаємин сторін. Відсутність письмового договору між агентом і принципалом не створює недійсності угод, укладених агентом в інтересах принципала. Разом з тим, якщо агент укладає від імені принципала угоду, яка потребує письмової форми або має укладатися у вигляді договору «за печаткою», то повноваження агента мають бути відображені в письмовій угоді. У деяких випадках агентські відносини виникають у результаті подальшого схвалення принципалом дій особи, яка вчинила їх задля його інтересів.

У деяких сферах комерційної (торгової) діяльності закон встановлює вимоги щодо особи агента: наявність ліцензії для професійних агентів (аукціоністів, страхових агентів, адвокатів, біржових брокерів, агентів із продажу нерухомості та ін.).

Безпосередньо у торгівельній сфері найпоширенішими в англо-американській правовій системі є консигнаційні агенти (фактори), агенти-делькредере, брокери, агенти з виключними правами, комісійні експортні дома, аукціоністи.

Консигнаційний агент (фактор) має повноваження продавати та купувати товари, позичати гроші під забезпечення їх товарами; володіє товарами й товаророзпорядчими документами.

Агент-делькредере за додаткову винагороду гарантує принципалові надходження купівельної ціни від покупця, а також зобов'язується відшкодувати збитки в разі невиконання покупцем цього обов'язку, тобто поручається перед принципалом за третю особу; він не відповідає, якщо оспорується сама ціна; не несе відповідальності за дії принципала перед третіми особами.

Брокером є посередник, що здійснює підготовчі дії, які є необхідними для укладання угоди, готує проект договору, надсилає його сторонам для підписання та ін. Такі відносини також охоплюються поняттям представництва.

Агент із виключними правами має виключне право продажу товарів принципала на певній території.

Комісійний експортний дім є агентом принципала — імпортера і для цього вступає у відносини з місцевими постачальниками.

Аукціоніст — це агент, якому принципал передає товари для продажу з аукціону.

ГЛАВА 6

РЕЧОВІ ПРАВА В ЗАРУБІЖНИХ

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ.

ПРАВО ВЛАСНОСТІ

Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. — К., 1999. — С. 406—424; Богатых Е. Гражданское и торговое право (от древнеримского к современному российскому). — М., 2000. — С. 88—91, 106—130; Гражданское право: Учебник / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., 1997. — Ч. 1. — С. 58—75; Гражданское и торговое право капиталистических государств. — М., 1993. — С. 194—248; Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. — М., 1999. — С. 63—69; Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. — М., 2001. —

С. 403—435; Канзафарова И. С. Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебн. пособ. — Харьков, 2003. — С. 14—77, 102—136; Кулагин М. И.

Предпринимательство и право: Опыт Запада. — М., 1992. — С. 57—71; Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование. — М., 1999. — С. 210—309; Саватье Р. Теория обязательств. М., — 1972. — С. 53—125; Цивільне право України / За ред. Дзери О. В., Кузнєцо-

вої Н. С. — К.: Юрінком Інтер, 2002. — Кн. 1. — С. 51—77; Юридическая энциклопедия / Под общ. ред. Б. Н. Топорнина. — М., 2001. — С. 127—128, 133, 275—276, 603; Palandt. Bürgerliche Gesetzbuch. Kommentar. 57. Aufl. — München: C.H.Beck, 1998. S. 195—240; Bürgerliches Gesetzbuch/ Zivilrecht: Wirtschaftrecht; Stud — Yur — Nomos — Textausgaben. — 1. Aufl. — Baden — Baden: Nomos — Verl. — Ces., 1992. — S. 162—228.

6.1. Поняття й види речових прав

у зарубіжних цивільно-правових системах

У країнах континентальної правової системи правові норми, що регулюють майнові відносини, виділяються в цивільних кодексах як самостійні та групуються в два розділи: речове право і зобов'язальне право. У певних своїх проявах речове право цих країн схоже, однак існують і дуже суттєві відмінності. Особливостями речового права країн континентальної цивільно-правової системи вважаються: тісний зв'язок цивільного й публічно-правових елементів у регулюванні відносин власності, що має загальні риси та зміст незалежно від правового становища власника; чітке розмежування речових і зобов'язальних правовідносин; особливий підхід до функцій і видів володіння, яке розглядається не тільки як одна з правомочностей власника, але і як окремий правовий інститут; прагнення законодавця докладно врегулювати стан приналежності речі суб'єкту, способів захисту цього стану. Речові права в цій

системі поділяють на дві великі групи: 1) право власності як повне приєднання речі до майна суб'єкта (найменш обмежене право); 2) обмежені речові права (права на чужі речі).

У країнах із некодифікованим цивільним правом речового права як системи норм немає; немає й розподілу на права на свої і чужі речі, оскільки до всіх застосовується термін «право власності».

У джерелах права зарубіжних країн немає легального визначення речового права, але воно сформульоване в доктрині, яка розглядає його як сукупність норм, що регулюють такі майнові відносини, у яких уповноважені особи можуть здійснювати свої права на майно (річ) незалежно від позитивних дій інших осіб. До інституту речового права належать норми, спрямовані на те, щоб закріпити за уповноваженою особою можливість володіти майном і користуватися ним незалежно від дій інших осіб.

Суб'єктивні права, які виникають відповідно до норм речового права, називають речовими правами. Майно (річ), що належить на праві власності певній особі, може стати також об'єктом її зобов'язальних відносин, які виникають з укладених нею угод (купівлі-продажу, підряду, оренди, позики, застави та ін.) або з фактів заподіяння шкоди цьому майну. Речові права відрізняються від прав зобов'язальних передусім тим, що вони завжди безпосередньо передбачені нормами даної національної системи цивільного права, яка закріплює виключний перелік речових прав, особа не може за власною волею створювати будь-які інші різновиди цих прав. Речові права за характером своєї дії належать до так званих абсолютних прав, тоді як зобов'язальні — до відносних; об'єктом речового права завжди є індивідуально визначена річ.

Власник та інші носії речових прав можуть розраховувати на **утримання** усіма іншими від вчинення дій, що перешкоджають здійсненню приналежних їм правомочностей; усі інші учасники правовідносин протистоять носію речового права як зобов'язані суб'єкти. **Абсолютний** характер речових прав виявляється й у праві **слідування** та праві **переваги**.

Право слідування полягає в тому, що речеве право слідує за річчю при переході права власності на неї до інших осіб. **Унаслідок права слідування** засновані власником **сервітут чи право застави продовжують існувати** щодо речі й після переходу її до іншого власника. Разом з тим, іноді таку властивість слідування мають і зобов'язальні права. Так, **орендар нерухомості зберігає право користування** річчю, яку продано орендодавцем третій особі до закінчення строку дії договору оренди.

Суть права переваги полягає в тому, що володілець речових прав у здійсненні свого права одержує **перевагу перед учасником зобов'язальних правовідносин**.

Наприклад, за наявності декількох кредиторів, що звертають стягнення на річ, пріоритет надаватиметься тому з них, який має **заставне** право на цю річ, тобто він може задовольнити свої вимоги в першу чергу. Хоча з цього правила є винятки: усім країнам відомі так звані привілейовані зобов'язальні права, які мають перевагу над

речовими в разі колізії з ними.

У романо-германському цивільному праві центральним у системі речових прав є **право власності**, яке характеризується повнотою всіх можливих правомочностей носія цього права (власника) щодо майна.

Обмежені (інші речові права) — це різні за своїм змістом так звані права на чужі речі, тобто речі, які належать на праві власності іншим особам. Ці права закріплюють за їхніми носіями окремі правомочності, які належать до правомочностей власника, однак не позбавляють останнього права власності на дану річ. Такими **правами є право володіння, узуфрукт, право користування (узус), сервітути, емфітевзис, застава та ін.** Їх існування обумовлене специфічним «розчленуванням» («розщепленням») права власності (виділення з нього тих чи інших правомочностей).

В англо-американському праві поняття речового права відрізняється від аналогічного у континентальній системі права. Йому за змістом відповідає поняття права власності. У цій цивільно-правовій системі існує основне речове право, яке є аналогічним до континентального права власності (ownership), та інші речові права, які, по суті, схожі з правами на чужі речі в романо-германській системі права. В юридичній літературі, зокрема, розрізняють: безумовне право володіння та власності (право власності); орендне володіння (оренда за договором); **утримання, що слугує (сервітут); довічне володіння (узуфрукт); право строкового утримання заставодержателя (застава) .**

Автори з країн загального права намагаються сформулювати універсальне визначення поняття власності за допомогою складання переліку повноважень власника, який може бути досить широким. Зокрема до правомочностей власника відносять:

- 1) право володіння, тобто виключний фізичний контроль над річчю чи право виключного її користування;
- 2) право користування чи особистого використання речі, якщо воно не включає два наступних повноваження;
- 3) право управління, тобто право вирішувати, хто і як може використовувати річ;
- 4) право на доход, тобто на ті блага, які приносить реалізація двох попередніх повноважень;
- 5) право на відчуження, споживання, витрату на свій розсуд, зміну чи знищення речі;
- 6) право на гарантії від експропріації чи право на безпеку;
- 7) право передавати річ;
- 8) право на безстроковість здійснення повноважень;
- 9) право на кінцевий характер повноважень, тобто здійснення правил, які забезпечують відновлення порушених прав.

Існують також обмеження правомочностей, що виявляються в забороні використання

речі на шкоду іншим та можливості відібрати річ у рахунок сплати боргів.

Конкретне право власності може охоплювати лише окремі із зазначених правомочностей, отже, на одну й ту ж річ може існувати кілька прав власності.

6.2. Класифікація об'єктів речового права

Об'єктами речових прав є майно. До майна, насамперед, належать річ, сукупність речей, а також електроенергія та газ, інші види енергії й сировини, що виходять за межі традиційного розуміння речей. Коло об'єктів речових прав розширюється за рахунок розробленої в зарубіжній доктрині концепції «безтілесного майна», під яким розуміють так званий ідеальний майновий об'єкт, що має вартість і грошову оцінку, але не є матеріальним.

За сучасною **концепцією власності до «безтілесного майна»** належать технічні й нетехнічні об'єкти промислової власності (винаходи, «ноу-хау», промислові зразки й товарні знаки, фірмові найменування та ін.), а також об'єкти фінансової та комерційної власності, що виступають у вигляді права вимоги по грошових і товаророзпорядчих документах (облігації, векселі, чеки, паї, коносаменти й ін.). До них застосовують правила користування й відчуження як матеріальних об'єктів власності, вони стають предметом купівлі-продажу та інших ринкових операцій. У результаті так зване «безтілесне майно» використовується як самостійні майнові цінності. Разом з тим, права з цінних паперів, патентні права на винаходи і т.п. істотно відрізняються від прав на матеріальні об'єкти. Зокрема, щодо них не застосовується саме поняття володіння; воно прийнятне лише до документа, що є матеріальною формою фіксації відповідних прав.

Існування таких об'єктів права власності, як права вимоги, у деяких країнах (наприклад у ФРН) з юридичної точки зору утворює окреме, оскільки, згідно з НЦУ, об'єктом права можуть бути тільки речі. В інших країнах, зокрема у Франції, така можливість у принципі допускається положеннями цивільного кодексу про заставу боргових вимог, сервітутів і т. ін.

У країнах англо-американської системи права коло об'єктів права власності більш широке, аніж у континентальному праві: поряд з матеріальними об'єктами права власності є так звані «речі у вимозі»: грошові зобов'язання, оборотні документи, акції, паї, облігації; авторські права, патентні права, товарні знаки, фірмові найменування, пенсії, ануїтети (вид державної позики, з якої кредитор одержує ренту). У цій правовій системі відстоюється концепція виключних прав на такі цінності, тоді як у романо-германській поширена суто власницька концепція. Однак практика всіх країн зазвичай переносить на право промислової, фінансової й комерційної власності режим, встановлений для матеріальних об'єктів.

Класифікація об'єктів речового права існує в усіх цивільно-правових системах. Вона здійснюється відповідно до природних властивостей об'єктів, тому основним є розподіл речей на рухомі й нерухомі. Нерухомість визначають за фізичними ознаками (нерозривний зв'язок із землею) та юридичними (ускладнена процедура відчуження). Нерухомі речі мають індивідуальні ознаки та є незамінними, а рухомі

можуть переміщуватися в просторі та в більшості випадків можуть бути замінені іншими однорідними речами, хоча можуть бути і незамінними. До нерухомоті належать земля й безпосередньо пов'язані з нею або невіддільні від неї речі — будівлі, споруди, рослини на корені та ін. Деякі з них можуть набувати статусу рухомих речей. Усі інші речі розглядаються як **рухомі (рухомість)**.

Разом з тим, існують певні особливості у різних національних системах. Здебільшого це стосується визнання нерухомими деяких речей, які за своїми природними властивостями є рухомими. У Франції до нерухомих речей, окрім названих (земля та ін.), закон і практика відносять автомобілі, інші транспортні засоби, інструменти й сировину, що використовуються на підприємстві, сільськогосподарські знаряддя та худоба в маєтку і т.п. Якщо ці об'єкти будуть виділені зі складу маєтку, то вони розглядатимуться як рухомі. Поняття «нерухомість» охоплює й встановлені на землю речові права — сервітути, узупфрукт, іпотека.

У цивільному праві ФРН нерухомістю вважаються виключно матеріальні об'єкти: земля, складові частини земельної ділянки, під якими маються на увазі речі, міцно пов'язані із землею, — будинки, рослини на корені, висаджене в ґрунт насіння, а також права, що пов'язані з правом власності на дану земельну ділянку. Рухомістю є все, що не є земельною ділянкою чи його складовою частиною.

Особливості в поділі речей на рухомі й нерухомі існують в праві Англії та більшості штатів США. У праві США нерухомістю вважається земна кора й все, що нерозривно з нею пов'язане, а рухомістю — речі, які можуть слідувати за власником у разі переміщення його в просторі. Самі терміни «рухоме» і «нерухоме» майно застосовуються, переважно, у відносинах з іноземним елементом, які регулюються міжнародним приватним правом; у внутрішніх відносинах застосовується дещо інший підхід.

В англійському праві існує поділ майна на реальне (real property) і персональне (personal property) залежно від різних форм його позовного захисту. До реального відносять майно, щодо якого може бути пред'явлено реальний позов — позов про відновлення володіння. Реальне майно охоплює землю й об'єкти, що мають з нею істотний зв'язок: будівлі, врожай на корені, худоба на фермі та ін. Усі інші види майна відносять до персонального — майна, яке захищається персональним позовом, тобто спрямованим на одержання грошової компенсації.

У відносинах з іноземним елементом персональне майно, що відоме як рухомість (chattels), поділяється на два класи: рухомість реальна (chattels real) і рухомість персональна (chattels personal). Рухомості персональні поділяють, у свою чергу, на речі у володінні (choses in possession) і речі у вимозі (choses in action). Речі у володінні — це рухомі речі, а речі у вимозі — це так звана «невловима власність» (intangible property): грошові вимоги й деякі інші «нематеріальні» об'єкти (об'єкти права промислової власності та ін.).

Для угод з рухомими речами, як правило, не встановлюються особливі вимоги до формальностей, однак практично в усіх правових системах існують особливі

правила укладання угод з нерухомими речами. Насамперед вони підкоряються так званій **вимозі гласності**: угода повинна бути укладена обов'язково в письмовій формі, як правило, нотаріально посвідчена та зареєстрована в спеціальному державному реєстрі — поземельній книзі, реєстрі земельних ділянок, будинків тощо.

За **законодавством ФРН встановлено правило, згідно з яким будь-яке речове право на нерухоме майно (як виникнення, так і припинення) має бути занесено в поземельну книгу** (державний реєстр). У випадку колізії прав перевага буде визнана за правом, яке зафіксоване в поземельній книзі раніше.

За правом Франції всі угоди про встановлення чи відчуження речових прав на нерухоме майно повинні також реєструватися в офіційному реєстрі. Це не є умовою дійсності, оскільки угоди про встановлення права на нерухомість дійсні з моменту їх укладення. **Однак права осіб за такою угодою, якщо вона не зареєстрована в реєстрі, не можуть протиставлятися правам третіх осіб на це майно через відсутність публічності (гласності) угоди.**

В Англії сам по собі договір про відчуження землі або іншого реального майна ще не породжує переходу права власності. Необхідний спеціальний акт, під час здійснення якого компетентний орган (спеціальні контори) перевіряє законність угоди, а до його вчинення виникають відносини довірчої власності.

У США угоди про передачу речових прав на нерухомість складаються в письмовій формі; оформляються так званим документом «за печаткою», що підтверджується нотаріусом чи іншою компетентною особою. За законами ряду штатів такі документи мають бути зареєстровані відповідними компетентними органами.

Більш докладна класифікація речей існує не в усіх правових системах. Доктрина романо-германського права, а також законодавчі акти деяких країн (НЦК) поділяють рухомі речі на: замінні (які в обороті визначаються кількістю, об'ємом, вагою) та незамінні (єдині в своєму роді чи виділені з числа подібних речей); споживні (знищуються чи змінюються внаслідок разового використання) та неспоживні (розраховані на більш тривале використання); подільні (не втрачають свого призначення під час поділу) та неподільні (поділ яких неможливий без втрати господарського призначення); а також виділяють речі — істотні складові частини (невіддільні від речі), зокрема істотні складові частини земельної ділянки чи будівлі, а також речі-приналежності та речі користування (плоди, продукція, права чи вигоди, які виникають внаслідок ко-ристування) .

6.3. Право власності в зарубіжних правових системах і тенденції його розвитку.

Підстави набуття права власності

Право власності є центральним цивільно-правовим інститутом у всіх правових системах. Норми публічного права закріплюють принцип «святищенності та недоторканності» приватної власності, який нині є конституційним принципом. Відповідно держави визначають сукупність заходів для захисту приватної власності

адміністративно-правовими й кримінально-правовими засобами.

Особливості права власності полягають у тому, що його нормами визначається правовий режим матеріальних цінностей у цивільному обороті взагалі, оскільки ці норми встановлюють міру можливої поведінки власника щодо володіння, користування й розпорядження майном.

Зміст суб'єктивного права власності (яке належить конкретному суб'єкту) становить сукупність виключних суб'єктивних правомочностей (повноважень) власника. У більшості вони зводяться до трьох основних: права володіння, права користування й права розпорядження майном, хоча в деяких правових системах існує більш широкий їх перелік.

Правом володіння (*jus possidendi*) вважається надана законом можливість фактичного панування над річчю, утримання її у сфері господарювання. Право користування річчю (*jus utendi et jns fruendi*) — це заснована на законі можливість експлуатації майна та одержання від нього плодів і доходів. Правом розпорядження річчю (*jus disponendi*) є надана власнику можливість на власний розсуд визначати юридичну та фактичну долю майна (продавати, здавати в найм, передати під заставу та ін. вкрай до знищення речі). Ці правомочності взаємозалежні й тільки в сукупності утворюють конструкцію суб'єктивного права власності, повний його зміст.

Суб'єктивне право власності має виключний характер: власник здійснює свої правомочності на власний розсуд, у своїх інтересах, незалежно від інших осіб. Він має право вимагати від усіх інших дотримуватися його прав як власника, утримуватися від будь-яких їх порушень, поважати ці права. Він пов'язаний правом і підкоряється лише закону. Усі інші особи можуть здійснювати такі правомочності тільки з волі власника та діяти у визначених ним межах. Ніхто, крім власника, щодо речі, яка йому належить, не в змозі здійснювати у своїх інтересах усіх правомочностей у сукупності.

Разом з тим, у реалізації права власності власник не повинен порушувати прав і законних інтересів інших осіб, які в деяких випадках можуть суперечити інтересам власника. У зв'язку з цим закони всіх країн передбачають можливість певних обмежень права власності. Такі обмеження можуть бути примусовими (на підставі закону): санкція за правопорушення; або для задоволення публічних інтересів (реквізиція, обмеження права користування чи права розпорядження, встановлення публічних сервітутів); або в інтересах приватних осіб (встановлення приватних сервітутів). Так, з метою забезпечення державної безпеки, економічних інтересів країни, функціонування транспорту, засобів зв'язку, екологічної безпеки тощо за розпорядженням органів влади можуть прокладатися дороги, будуватися будівлі та ін. чи заборонятися будівництво певних об'єктів на ділянках, що належать на праві власності приватним особам. Законом може обмежуватися можливість укладання певних видів угод, вводиться режим їх ліцензування та ін.

У попередні історичні періоди право власності проголошувалося недоторканим і необмеженим; це відображено, зокрема, у відповідній статті Французького ЦК. З

часом правовий режим власності змінювався відповідно до потреб суспільної практики. Надалі саме право власності стало трактуватися як надання особі можливості розпоряджатися річчю на власний розсуд, однак не всупереч публічним інтересам чи інтересам інших приватних осіб. Поступово держави вводили примусові обмеження правомочностей власника, які мають прямий чи непрямий характер: закріплення прав держави на примусове відчуження майна, встановлення публічних сервітутів (прямі обмеження); обмеження можливості укладати певні види цивільних угод, заборони виробництва певних речей, ліцензування тощо (непрямі обмеження).

Концепція обмеження прав власника в інтересах третіх осіб закріплена в НЦК, відповідний параграф якого встановлює, що власник речі владний розпоряджатися річчю на свій розсуд і усувати інших від будь-якого впливу на неї; разом з тим, це можливо оскільки, оскільки цьому не перешкоджають закон чи права третіх осіб. У сучасних правових системах для обґрунтування обмежень правомочностей власника найчастіше використовується положення доктрини про те, що власник не повинен зловживати своїм правом, порушуючи чужі законні інтереси.

Добровільне обмеження правомочностей власника здійснюється з його волі на основі договорів позики, найму, забудівлі, заснування сервітутів та ін.

Доктрина та судова практика зарубіжних країн визначає досить широке коло підстав набуття права власності. Їх поділяють на первісні та похідні.

У первісних способах право власності виникає вперше або незалежно від права і волі попереднього власника. Вважається, що у такі способи право власності виникає в тому обсязі, який передбачений правовою системою даної держави. Усі обмеження, якщо вони існували раніше, відповідають. До первісних способів набуття права власності належать: специфікація, одержання плодів і доходів, прирощування, змішування речей (об'єднання), набуття безхазяйних речей, набувальна давність, націоналізація, конфіскація, реквізиція.

Вироблення речі як окремих способів не розглядається, а охоплюється поняттям специфікації, оскільки будь-яка річ виробляється в результаті переробки інших речей (сировини), які можуть належати на праві власності як самому виробнику, так і іншій особі. В останньому випадку власником нової речі буде власник старої речі (сировини), якщо вартість роботи не перевищує вартості матеріалів, з яких вироблено річ; оплатити роботу зобов'язаний власник матеріалів. Якщо вартість роботи перевищує вартість старої речі, то робота виконується за рахунок виробника, який також зобов'язаний компенсувати власнику матеріалів їхню вартість.

Плоди, звичайно належать власнику речі, яка плодоносить; доходи розглядаються як «юридичні плоди». Прирощуванням є будівлі, насадження та інші роботи з впорядкування (окультурення) земельної ділянки. Внаслідок об'єднання речей власником стає власник основної речі, а якщо об'єднуються рівнозначні речі різних власників — річ стає об'єктом спільної власності. Привласнення безхазяйних речей означає заволодіння речами, які не мають власника (*res nullius*) або добровільно

залишені власником з наміром відмовитися від права власності (*res derelictae*). Приватні особи можуть привласнити лише рухому річ, а нерухоме майно може привласнити тільки держава.

Особливим способом набуття права власності є інститут **набувальної давності**. Якщо певна річ протягом тривалого визначеного в законі часу знаходиться у фактичному володінні певної особи, то остання набуває право власності на цю річ. У такому разі **підстава одержання нею цієї речі повинна бути законною**; володілець має безперервно володіти й користуватися річчю як власник (вилучати корисні властивості, сплачувати податки, вчиняти необхідні витрати тощо). Володіння повинно бути відкритим — цей факт відомий невизначеному колу осіб. Якщо володілець позбавляється можливості фактично володіти річчю або відмовляється від неї на якийсь час, або якщо власник речі пред'явить позов до суду про її відібрання, то термін володіння переривається.

Строки набувальної давності встановлюються окремо для рухомих та нерухомих речей і становлять для нерухомості: у Франції загальний строк — 30 років із початку володіння (після закінчення строку володілець, навіть недобросовісний, не зобов'язаний зазначати підстави придбання майна і стає власником), якщо володіння спирається на юридичний акт — 10 або 20 років (залежно від місця проживання дійсного власника стосовно об'єкта — у тому ж окрузі чи в іншому); у ФРН — 30 років; в Англії — 12 років; у США — від 5 до 20 років у різних штатах. Щодо рухомих речей строки набувальної давності становлять: у Франції — 3 роки (застосовуються лише в разі, коли особа добросовісно володіє річчю, придбаною від неуправомоченої на відчуження особи, тобто коли річ була викрадена від власника чи загублена ним і він не пред'являє позову про повернення речі протягом 3 років); у ФРН — 10 років. В Англії та США такі строки щодо рухомого (персонального) майна не встановлюються.

Похідні способи набуття права власності — це такі, за яких право власності набувача виникає в порядку правонаступництва, з волі попереднього власника, хоча є й винятки з цього правила. За похідними способами до нового власника переходить той обсяг правомочностей, який належав попередньому власнику, а також усі речові обтяження майна (сервітут, узуфрукт, застава) та в деяких випадках зобов'язальні (оренда), якими було обмежене право власності на річ. До похідних способів набуття права власності належать різноманітні цивільні угоди: договори (купівля-продаж, дарування, поставка та ін.) та односторонні угоди (заповіт, прийняття спадщини, індосамент на цінному папері та ін.).

6.4. **Захист права власності**

в романо-германській та англо-американській
цивільно-правових системах

Право власності в зарубіжних правових системах захищається різноманітними засобами: кримінально-правовими, адміністративно-правовими, цивільно-правовими та ін. Однак саме цивільне право наділяє власника матеріально-правовими засобами

захисту, які забезпечують поновлення його порушених прав, ліквідацію негативних майнових наслідків різного роду посягань на його права. Цивільно-правові засоби захисту права власності в доктрині зарубіжних країн поділяють **на зобов'язально-правові та речові**.

Зобов'язально-правовими способами захисту права власності є:

— позови про порушення договірних зобов'язань (шляхом примушення до виконання договірних зобов'язань в натурі: повернення майна після закінчення дії договору майнового найму і т.ін.);

— позови про відшкодування шкоди (стягнення грошової компенсації, відновлення речі в натурі).

Речово-правові способи спрямовані безпосередньо проти різних порушень права власності та мають на меті захист цього права в цілому чи захист окремих правомочностей власника. У країнах романо-германської системи права застосовують спеціальні речово-правові позови, а в країнах англо-американського права — **особливі позови з правопорушень** (torts) і деякі спеціальні речово-правові позови.

Загальними (речово-правовими) способами захисту права власності є:

— віндикаційний позов (rei vindicatio) — позов неволодіючого власника до володіючого невластника про повернення майна з незаконного володіння;

— негативний позов (actio negatoria) — позов про припинення неправомірних дій, не пов'язаних із позбавленням володіння, які перешкоджають власнику здійснювати правомочності користування й розпорядження майном.

Пред'явлення заснованих на цих двох позовах вимог, спрямованих на відновлення власника в колишньому становищі, не виключає можливості одночасного пред'явлення й вимог про відшкодування понесених збитків у результаті порушення його виключних прав.

У ФРН правила про такі позови докладно вписані у НЦК; у Франції — розроблені доктриною та судовою практикою, хоча у ФЦК конкретні норми щодо них відсутні.

Позов про витребування майна з чужого незаконного володіння має право подати власник речі. Відповідачем за віндикаційним позовом виступатиме особа, яка володіє річчю без юридичної підстави (титулу), тобто незаконний володілець. У такому разі діє встановлена законом презумпція про те, що володілець рухомої речі припускається її власником. За нормами НЦК на користь володільца рухомої речі передбачається, що він є її власником. Відповідні статті ФЦК закріплюють правило, згідно з яким володіння рухомою річчю рівнозначне правовій підставі. У зв'язку з цим відповідач звільняється від обов'язку доведення законності підстави придбання ним володіння, а на власника-позивача покладається обов'язок довести неправомірність володіння річчю відповідачем.

Недобросовісним є володілець, який заволодів річчю протизаконними методами і знав чи повинен був знати про це або отримав її від особи, неправомочної на її відчуження (наприклад від перевізника, охоронця, особи, що протиправно заволоділа майном і т. ін.). **Добросовісним** є володілець, який під час придбання законними методами майна не знав і не повинен був знати про факт неправомочності відчужувача на здійснення угоди.

Відповідно до законодавства та судової практики досліджуваних країн **річ може бути витребувана власником лише від недобросовісного володільця**. Річ, добросовісно придбана володільцем від будь-якої особи, у тому числі і не уповноваженої на її відчуження, не може бути витребувана власником. Вона залишається у власності набувача, якщо вибула з володіння власника за його волею (передана довіреній особі для схову, перевезення та ін.). Якщо річ вибула з володіння всупереч волі власника чи особи, якій він її довірив, то вона повертається власникові (окрім грошей, цінних паперів на пред'явника, речей, придбаних на аукціонах і публічних торгах). Разом з річчю власнику передаються всі доходи, одержані від неї з моменту, коли володілець дізнався чи повинен був дізнатися про незаконність свого володіння.

Існують ще деякі винятки із загальних правил. Так, відповідно до положень **Німецького ЦК власник має право вимагати від добросовісного набувача повернення будь-яких речей, що вийшли з його володіння всупереч його волі. За нормами Французького ЦК у випадку крадіжки чи втрати власником володіння майном без його волі він може зажадати повернення його від добросовісного володільця протягом трьох років із дня крадіжки чи втрати.**

Від недобросовісного володільця річ може бути витребувана в будь-якому разі. Власник має право при цьому вимагати повернення не тільки самої речі, але також плодів (доходів), вилучених з неї за час володіння річчю. Добросовісний і недобросовісний володілець, у яких витребувана річ, мають право на відшкодування витрат, пов'язаних з її утриманням. За правом ФРН компенсація виплачується з моменту, з якого власнику належать плоди, а за правом Франції — за увесь час володіння.

Власник може пред'явити негаторний позов у разі, коли інші особи створюють йому перешкоди в користуванні річчю, яка не вибуває з його володіння. Він може вимагати в позові: припинення такого порушення, усунення перешкод і здійснення заходів для запобігання повторення такого ж порушення.

У праві Англії та США існують такі способи захисту права власності як віндикаційний позов та негаторний, однак захист власності в англо-американському праві здійснюється, головним чином, на підставі загальних позовів із правопорушень (torts). Вони побудовані, переважно, не як позови власника, а як позови володільця, і надають право на витребування самої речі та на одержання грошового відшкодування.

Доктрина зарубіжних країн окремо розглядає способи захисту володіння, серед яких

виділяє:

- набуття права власності за давністю володіння;
- право на самодопомогу (володілець може примусово відібрати річ, вивести особу зі свого будинку, земельної ділянки

та ін.);

- посесорні позови (позови володільця): про відновлення володіння; про припинення порушень, які перешкоджають нормальному володінню;
- превентивні позови — про усунення погрози порушення володіння.

У процесі розгляду посесорних позовів позивач зобов'язаний довести факт володіння річчю, але питання про належність йому права на річ у суді не розглядається, оскільки діє презумпція правомірності володіння («володіння рівнозначне юридичному титулу»). Довести наявності права на річ значно складніше, аніж довести факт володіння, тому позови володільців називають спрощеними способами захисту. Ними часом користуються і власники речі, якщо виникають ускладнення з доказами наявності в них права (юридичного титулу) .

6.5. Права на чужі речі в зарубіжних правових системах

Правами на чужі речі або, як їх ще називають, обмеженими речовими правами є різні за своїм змістом абсолютні права на речі, які належать на праві власності іншим особам. Ці права закріплюють за їхніми носіями окремі правомочності, які є правомочностями власника, однак не позбавляють останнього права власності на дану річ. Такими правами, зокрема, є право володіння, право користування, узуфрукт, сервітут, суперфіцій, емфітевзис, застава та інші.

Право володіння — забезпечена об'єктивним правом можливість фактичного панування над річчю, яка належить на праві власності іншій особі. У всіх правових системах право володіння розглядається як самостійний правовий інститут.

Володіння є також одним з елементів багатьох речових і зобов'язальних правовідносин, у яких фактичним володільцем виступає невластник, що володіє речами, приналежними власнику.

З володінням річчю, що спирається на правову підставу (титул), поєднані застава, узуфрукт й інші речово-правові відносини, а також зобов'язально-правові відносини, що виникають у разі передачі власником речі у володіння охоронцям, підрядникам, перевізникам, комісіонерам, наймачам і т. ін. Здійснюючи володіння з волі власника, такі особи зацікавлені у володінні річчю і безперешкодному її використанні. Однак і в цих правовідносинах у більшості випадків пріоритет надається інтересам власника. Юридичне забезпечення володіння невластників у даному випадку є опосередкованою охороною прав та інтересів власника.

Володіння може здійснюватися тривалий час особами, які добросовісно чи недобросовісно опанували річчю, що вибула з володіння власника всупереч його волі (у випадку втрати, викрадення та ін.) чи залишена ним. У таких випадках

тривале володіння річчю особою, яка не управомочена власником, за наявності передбачених законом умов (виникнення права власності в силу норм про давність володіння) визнається підставою правомірною володіння.

У праві ФРН володіння розглядається як незалежний інститут, існування якого не підпорядковується праву власності й регулюється досить докладно. У Франції володіння віднесене до сфери речових прав і регулюється в рамках права власності, хоча може стосуватися й інших речових прав.

В усіх правових системах володіння розглядається і як фактичне володіння річчю. Однак умови надання правового захисту фактичному володільцю, а також засоби його здійснення відрізняються в романо-германській та англо-американській системах.

Принципи й основи інституту володіння в зарубіжному праві відображають дві основні теорії володіння, що були сформовані в XIX ст. К. Ф. Совіні та Р. Ієрингом. Обидві теорії визнають, що елементами володіння є: фактичний стан фізичного панування над річчю — корпус (corpus) і намір володіти, тобто воля особи утримувати (мати) річ як власник чи інший носій речового права (animus). Відповідно до теорії Совіні (суб'єктивна теорія володіння) володіння — це здійснення чи можливість негайного здійснення фактичного панування над річчю залежно від волі особи. Від наявності чи відсутності волі залежить визнання відповідно факту володіння річчю чи лише тимчасового утримання речі.

У випадках, коли воля спрямована на володіння річчю як власником чи іншим носієм речового права, йдеться про юридичного володільця. Якщо особа, що здійснює панування над річчю в інтересах іншого суб'єкта, не має такого наміру, то фактичний володільця є простим держателем — охоронцем, перевізником, комісіонером та ін.

На підставі цієї концепції, французьке право розрізняє володіння (possession — володіння для себе та володіння власника) і тимчасове утримання (detention precarie — володіння в інтересах іншого: орендарі, заставодержателі, узуфруктарії та ін.).

За теорією Ієринга (об'єктивна теорія володіння), яка суттєво вплинула на німецьке право, конститутивним елементом володіння визнається фактичне панування над річчю; волевий елемент не ігнорується взагалі, вважається, що він втілюється у фактичному здійсненні володіння (corpus за замовчуванням включає animus).

Сучасна судова практика ФРН виходить з того, що для визнання володіння достатньо наявності наміру створити володіння. А відповідно до норм НЦК володіння річчю набувається з досягненням дійсного панування над річчю, тому для його встановлення достатньо довести факт володіння річчю, який і обґрунтовує володіння. З урахуванням цього не проводиться розмежування між володінням і тимчасовим утриманням, поки не буде доведена підстава утримання.

Доктрина розмежовує такі види володіння: безпосереднє й опосередковане, самостійне й несамолюбне; одноособове, часткове й співволодіння. Самостійним є володіння, яке здійснює особа, що фактично панує над річчю як належним їй

об'єктом прав і не визнає (не повинна визнавати) прав на цю річ інших осіб (зокрема, власник або особа яка привласнила річ); така особа може встановлювати тимчасове володіння іншої особи, наприклад охоронця, орендаря, комісонера, перевізника, заставодержателя та ін. Останні вважаються несаможостійними володільцями, оскільки вони повинні здійснювати володіння з урахуванням належності права власності на річ іншій особі. Безпосереднім володінням вважається фактичне панування над річчю, а опосередкованим — здійснення володіння на підставі угоди чи обмеженого речового права, які уповноважують або зобов'язують до тимчасового панування над річчю.

В англо-американському праві розрізняють чотири категорії володіння :

- 1) фактичне володіння (Англія) чи охорона (США) — здійснення фізичного контролю над річчю, але без бажання здійснити виключне панування над нею. Виникає, зокрема, коли власник, не відмовляючись від права й панування над майном, допускає фізичний вплив на нього іншої особи (продавця, агента та ін.);
- 2) юридичне володіння (Англія) чи безпосереднє володіння (США) — фактичний контроль над річчю з наміром здійснення виключного панування або збереження такого наміру за відсутності фактичного контролю, коли, наприклад, речі підприємця знаходяться в працюючих за наймом осіб;
- 3) право на володіння (the right to possess) — реалізується у відносинах, за яких річ, що належить власнику (особі, що має «право на володіння»), з яких-небудь підстав знаходиться у володінні іншої особи. Ця форма володіння пов'язана з інститутом залежного утримання (bailment): власником рухомого майна є одна особа (що передала річ іншій — bailor), тоді як право володіння майном належить іншій особі («залежному держателю» — bailee), якій власник передав дане майно для досягнення певної мети. Залежне утримання виникає з договору або може бути визнане на основі фактичних обставин справи, якщо встановлено намір «залежного держателя» здійснювати панування над річчю та у прямій чи непрякій формі виражено зобов'язання повернути її власнику чи розпорядитися нею відповідно до його вказівок. Такі відносини виникають з договору схову, позички, оренди, перевезення, підряду, застави рухомого майна тощо;
- 4) протипоставлене володіння (adverse possession) стосується тільки нерухомості — правовідношення, за якого володілець має у своєму розпорядженні правовий титул, що може бути протиставлений вимогам іншої особи.

Право користування (узус) — право користування чужою річчю, проживання в чужому будинку для задоволення власних потреб (чи потреб своєї сім'ї) без права одержання прибутку від такої користування.

Від узусу відрізняють узуфрукт — довічне чи строкове право користування чужою річчю з вилученням доходів та обов'язком зберігати її; це найбільш повне право на чужу річ, яке залишає власнику лише формальне, так зване «голе» право власності; власник має тільки юридичну можливість контролювати користувача (узуфруктарія). Узуфрукт досить детально врегульовано законом у країнах континентального права

(пар. 1030—1089 НЦК

ст. 578—624 ФЦК). Він може бути встановлений довічно чи на певний період часу, або під умовою, настання якої припинить право користування. Виникає узуфрукт найчастіше у сфері спадкових відносин і діє протягом життя користувача. Останній має можливість експлуатувати майно на таких же засадах, як і власник, вилучаючи з нього вигоди: одержувати природні плоди, прирощення чи грошові доходи (відсотки по позиках, орендну плату та ін.).

Сервітут надає право проїзду, проходу, провозу, прокладення комунікацій через чужу земельну ділянку. Сервітути (servitude, Dienstbarkeit) відомі всім національним правовим системам як встановлені відносно земельної (служуючої) ділянки, маєтку чи будівлі обтяження для потреб користування іншою (пануючою) ділянкою чи будівлею. У деяких країнах вони йменуються

«сусідськими правами», «речовими обтяженнями». Встановлення сервітуту не вимагає передачі обтяженого таким правом нерухомого майна у володіння іншої особи. Однак сервітут обмежує правомочності власника, тому його зміст докладно регламентується нормами права (ст. 637—710 ФЦК; пар. 1018—1029 НЦК; англо-американська судова практика). Сервітути встановлюються на основі закону, договору, односторонніх угод чи внаслідок давності їхнього здійснення. Сервітут має безстроковий характер, тільки право ФРН визнає так звані особисті сервітути, які мають тимчасовий характер (пар. 1090—1093 НЦК).

У доктрині розглядається досить докладна класифікація сервітутів :

Міські та сільські (водні і дорожні) — залежно від місця знаходження земельної ділянки;

Публічні сервітути — встановлюються для невизначеного кола осіб або суспільства в цілому (для всіх);

Приватні сервітути — встановлюються для конкретної особи;

Позитивні сервітути — право вчиняти певні дії за рахунок чужого нерухомого майна (право проходу чи проїзду, прогону худоби, користування водою чи пасовищами ділянки, яка слугує, тощо);

Негативні — право вимагати, щоб власник прилеглої ділянки (яка слугує) утримувався від певних видів її використання (не зводив будівель чи споруд, або ж споруджував лише такі, які не можуть перешкоджати доступу до пануючої ділянки світла, повітря («сервітут світла й повітря») чи псувати краєвид і т.п.;

Особисті — права довічного користування чужою річчю певною особою (проживання в чужому будинку).

До обмежених речових прав належить також емфітевзис — речове успадковане відчужуване право користування землею та плодами. Володілець цього права (емфітевта) може змінити господарське призначення ділянки, якщо це не зашкодить її якості (родючості та ін.). Він має право вилучати плоди й доходи, передавати права

на цю ділянку в спадщину або відчужувати їх за угодами, а також зобов'язаний сплачувати щорічну ренту власнику ділянки, сплачувати податки та добросовісно вести господарство. Якщо емфітевта спричинив значну шкоду ділянці, не сплатив ренту, податки або порушив встановлений порядок продажу прав на земельну ділянку, то власник має право припинити емфітевзис.

У праві зарубіжних країн різновидом права на чужі речі є су-перфіцій — довгострокове, успадковане та відчужуване право зведення будівель і користування ними на чужій міській земельній ділянці. Володілець такого права (суперфіціарій) виплачує власнику земельної ділянки поземельну ренту. Суперфіцій припиняється із закінченням строку, відмовою від нього суперфіціарія, об'єднанням його з правом власності.

Найпоширенішим у сучасній практиці обмеженим речовим правом є застава — комплекс правомочностей кредитора стосовно майна, яке виділене боржником (чи надане іншою особою) для забезпечення виконання ним зобов'язання, і за рахунок якого можуть задовольнятися вимоги кредитора. Вважається, що існування таких прав засноване на юридико-технічному засобі розщеплення права власності, виділення з нього тих чи інших правомочностей власника та закріплення їх за невластником.

Право застави досить докладно регламентується в усіх національних системах законодавства. Йому присвячено: у ФРН — параграфи 1113—119, 1204—1273 НЦК, у Франції — ст. 2071—2091 ФЦК, а також спеціальні акти цих країн про заставу окремих видів майна; в Англії — норми закону про власність (1925 р.) і судова практика; у США — закони і судова практика штатів про право утримання кредитором майна боржника, а також спеціальні приписи ЄТК про заставні права власників складів. Право застави виникає на основі договору, однак його речовий характер обумовлює ряд особливостей. Так, у разі встановлення застави тільки спеціально позначене майно боржника чи іншої особи розглядається як гарантія здійснення вимоги кредитора. Заставне право на майно стає його обтяженням і слідує разом з ним, переходячи до будь-якого нового набувача даного майна. Отже, власник заставного права може вимагати закладену річ від третьої особи, до якої вона потрапила хоча б і за розпорядженням власника. При зверненні стягнення на майно у зв'язку з невиконанням забезпеченого заставою зобов'язання заставодержатель користується перевагою перед усіма іншими кредиторами власника речі, що не володіють заставним правом на неї або отримали право на цю річ пізніше (перша застава має перевагу перед другою і т.д.). У випадку оголошення власника заставленої речі неспроможним боржником заставодержатель, звернувши стягнення на закладену річ, задовольняє свої вимоги у звичайному, а не конкурсному порядку.

У всіх країнах застава допускається як стосовно рухомого майна (заклад або застава рухомості), так і щодо нерухомого (іпотека).

Застава рухомих речей (Pfandrecht, gage) може здійснюватися з передачею майна у володіння заставодержателя чи іншої особи, визначеної сторонами (наприклад

складу, банку), або без такої передачі. За загальним правилом закон виходить з доцільності передачі майна у володіння заставодержателя, а право ФРН передбачає обов'язкову передачу рухомих речей у володіння заставодержателя (пар. 1205 НЦК), за винятком застави суден. Однак з урахуванням того, що застава є дуже поширеним способом забезпечення банківського кредитування, а передача комерсантами товарів, устаткування й іншого майна у володіння заставодержателя — банку зазвичай є неприйнятною, ширше застосовується застава рухомого майна без передачі його у володіння заставодержателя, за якої товар залишається в заставодавця чи іншої особи.

Предметом застави рухомості можуть бути й права, інкорпоровані в цінних паперах — векселях, акціях, облігаціях і ін. Права з цінного паперу на пред'явника закладаються шляхом передачі його у володіння заставодержателя, а права з ордерного паперу — через вчинення індосаменту із вказівкою на його забезпечувальний характер.

Застава рухомих речей в англо-американській системі здійснюється у двох формах: з передачею майна у володіння заставодержателя (pawn, pledge) або у формі фидуціарної (заснованої на особливій довірі) угоди, за якою кредитор стає власником закладеної рухомої речі, отже, може користуватися нею (mortgage), однак у разі виконання заставодавцем зобов'язання заставодержатель (кредитор) повинен повернути річ і передати право власності на неї колишньому власнику.

Застава нерухомого майна (іпотека) здійснюється без передачі його у володіння заставному кредитору. Предметом іпотеки можуть стати також права на нерухомі речі — узуфрукт та емфітевзис. Іпотека може виникати з договору або закону, або встановлюватися в судовому порядку (судова іпотека).

Праву ФРН відомі дві форми іпотеки: оборотна й забезпечувальна. Під час оборотної іпотеки установа, яка веде поземельну книгу, видає заставне свідоцтво. Забезпечувальна (книжкова) іпотека не супроводжується видачею свідоцтва. Договір іпотеки підлягає реєстрації, інакше може бути визнаний недійсним.

Судовою практикою ФРН розроблено також інститут забезпечувального привласнення (Sicherungsübertragung). Він виникає на підставі заснованої на довірі (фидуціарної) угоди, за якою кредитор стає власником наданого йому в забезпечення підприємства, яке залишається в експлуатації боржника. Після виконання боржником зобов'язання кредитор повинен повернути йому право власності на це підприємство.

6.6. Інститут довірчої власності

в праві Англії та США

«Довірча власність» — термін суто англо-американського права, однак його аналоги та подібні до довірчої власності правовідносини останнім часом виникають і в країнах романо-германської правової системи. Довірча власність є одним з найбільш своєрідних і разом з тим надзвичайно поширених у практиці інститутів сучасного англо-американського права. Він має назву також фидуціарної, тобто

заснованої на довірі власності (fiduciary ownership) або трасту (trust).

Довірча власність як система майнових відносин склалася в англійському праві та знайшла своє відображення у праві справе-дливості. У Сполучених Штатах Америки інститут довірчої власності у своїх основних рисах не відрізняється від ан-глійського.

Особливо широко використовується інститут довірчої власності як засіб організації великих об'єднань. У літературі підкреслюється, що започаткувала такий спосіб пристосування цього класичного англійського інституту до потреб сучасності наприкінці минулого століття організація компанії «Standard oil Trust» у США. Акціонери 40 нафтових компаній у 1892 році підписали угоду про передачу всіх наявних у них акцій уповноваженим особам — довірчим власникам. Натомість вони отримали особливі сертифікати, що засвідчували взаємини з довірчими власниками, які зобов'язалися вести справи засновників трасту в найвищих їх інтересах. Така форма об'єднання капіталів виявилася настільки вдалою, що незабаром стала однією з широко використовуваних форм об'єднань у США, а потім і в інших країнах.

У результаті широкого поширення трастів у первісно розроблену схему відносин стали вноситися зміни. Зокрема, компанії, що поєднують свої капітали, стали передавати свої акції в довірчу власність не групі фізичних осіб, а юридичній особі. На такій основі виник тип так званої холдингової компанії (holding companies).

Інститут довірчої власності регулюється нормами прецедентного права, а також англійським Законом про довірчу власність (1925 р.) та законами з окремих видів довірчої власності; у США — Єдиним (уніфікованим) законом про довірчу власність, Зводом правил про довірчу власність (Restatements of the Law of the Trust), який має велике практичне значення. У окремих штатах США прийнято закони про довірчу власність; у більшості штатів діють закони, що стосуються окремих різновидів трасту. Провідну роль у регулюванні відносин довірчої власності, як і інших правових інститутів в англо-американській системі права, продовжує відігравати судовий прецедент.

Довірча власність — це відносини, за яких одна особа (засновник — settlor), встановлює довірчу власність: передає іншій осо-

бі — довірчому власнику (trustee) майно для управління в інтересах зазначених вигодонабувачів (бенефіціаріїв — beneficiary, cestui que trust). У відносинах довірчої власності беруть участь три сторони. Однак учасниками трасту може бути менше, аніж три особи.

Засновником виступає власник майна, яке передається в довірчу власність. Передаватися може будь-яке нерухоме або рухоме майно, а також майнові права, які не заборонені законом. Власником (засновником) може бути фізична чи юридична особа.

Довірчим власником, який зобов'язується управляти майном в інтересах вигодонабувачів, може виступати як фізична, так і юридична особа.

Бенефіціаріями виступають вказані засновником особи: одна особа, кілька чи

невизначене коло осіб. Якщо вигодонабувачами є одна чи кілька конкретних осіб, то траст є звичайним, приватним (private trust); а якщо невизначене коло осіб — то траст називають публічним (public trust). Публічні трасти діють в інтересах усього суспільства або його частини, їх ще називають благодійними (charitable). Нагляд за управлінням у приватному трасті здійснює суд, а в публічному — суд і спеціальні органи, що уповноважені в питаннях благодійності.

Довірча власність виникає різними способами: на підставі особистого волевиявлення засновника за його життя (inter vivos) або на випадок смерті (mortis causa), внаслідок закону (логічно виведений траст — resulting trust; конструктивний траст — constructive trust), на основі договору .

Конструктивна довірча власність чи конструктивний траст (constructive trust) виникає в силу закону й ґрунтується на особливо довірливих, фідучіарних відносинах осіб, за яких одна особа на засадах особливої довіри веде справи іншої особи. У такому разі розщеплення права власності між цими двома особами не відбувається; довірчий власник, як правило, отримує вигоду і для себе. Конструктивний траст виникає у відносинах принципала й агента, компанії та її директорів, членів торгового товариства між собою, клієнта й адвоката, опікуна й підопічного та ін. Такі відносини не зовсім відповідають ознакам класичної довірчої власності, тому одержали назву квазидовірчого трасту.

Специфіка інституту довірчої власності полягає в тому, що право власності в цьому випадку немов би розщеплюється: одна частина повноважень власника (управління й розпорядження наданим майном) належить одній особі (довірчому власнику), а інша частина правомочностей (одержання вигод від експлуатації майна, у тому числі одержання доходів) — іншій особі чи особам (одному, кільком чи багатьом вигодонабувачам). Це «розщеплення» виявляється в усій структурі відносин, пов'язаних із трастом.

Довірчий власник виступає в господарському обороті як власник, укладає з третіми особами будь-які угоди й здійснює інші акти щодо використання майна та його управління. Він не правомочний лише продавати майно, якщо тільки право на продаж не надане йому установчим актом (декларацією про створення довірчої власності) чи законом.

На довірчого власника покладаються такі обов'язки: управляти майном відповідно до умов, котрі зазначені в установчому акті та в інтересах бенефіціарія; виявляти обачливість і розсудливість, діяти в інтересах інших як у своїх власних; не виявляти зайвого ризику, марнотратства, не здійснювати пожертв; зберігати майно. Він зобов'язаний звітувати перед вигодонабувачем за першою його вимогою по всіх справах, пов'язаних з управлінням майном, та передавати останньому всі вигоди і доходи, одержані від управління. Він не має права нічого залишати собі, якщо інше не передбачене в установчому акті.

Довірчий власник вільний лише від виконання розпоряджень, які неможливо виконати або таких, які мають протизаконний характер.

Свої обов'язки довірчий власник за англійським правом може виконувати безоплатно (загальне правило) або на платній основі (якщо передбачено в установчому акті), а за правом США за здійснення таких обов'язків за загальним правилом виплачується винагорода.

Якщо довірчий власник порушує свої обов'язки й завдає бе-нефіціарію збитків, він зобов'язаний їх відшкодувати. У такому разі бенефіціарій має щодо особистого майна довірчого власника переважне перед усіма іншими кредиторами право задоволення інтересів. За зловживання своїми повноваженнями довірчого власника може бути притягнуто до кримінальної відповідальності.

Довірча власність припиняється за таких обставин: з досягненням мети, задля якої вона створювалася; із закінченням заздалегідь передбаченого терміну; унаслідок обставин, настання яких повинно, за умовами установчого акту, припинити її існування (досягнення бенефіціарієм певного віку, укладення ним шлюбу та ін.); зі смертю бенефіціарія; унаслідок одностороннього волевиявлення засновника, якщо таку можливість було прямо передбачено в установчому акті.

Юридична конструкція трасту може включати різну кількість учасників та різний розподіл правомочностей між ними. Якщо довірча власність виникає на основі односторонньої угоди засновника чи на підставі договору, то власник (засновник) може призначити довірчого власника та передати йому повноваження володіння й розпорядження майном, управління ним в інтересах певних бенефіціаріїв (чи однієї особи). За такої конструкції трасту власник практично вибуває з відносин, які складаються між довірчим власником і бенефіціаріями.

Створивши траст, засновник може призначити себе довірчим власником та залишити за собою правомочності володіння та розпорядження, а також управляти майном в інтересах певного вигодонабувача. Такий варіант трасту застосовується, переважно, у відносинах між родичами для управління майном недієздатних осіб.

Власник може сконструювати іншу схему відносин: передати повноваження володіння, розпорядження, управління майном довірчому власнику, призначивши бенефіціарієм себе. Така конструкція трасту успішно застосовується для голосування, управління підприємствами (товариствами) та ін.

Нарешті, засновник має право призначити себе довірчим власником і бенефіціарієм одночасно. Така форма трасту є ефективною для створення компаній, у яких засновники стають директорами та водночас є держателями акцій.

У сучасному цивільному обороті інститут довірчої власності використовується для регулювання різноманітних, зокрема й гос-подарських (підприємницьких), відносин. Так, довірча власність застосовується: для управління майном недієздатних осіб (неповнолітніх, обмежено дієздатних); для створення благодійних фондів і т. ін. (наукових, навчальних, культурних, лікувальних організацій: університетів, шкіл, лікарень, музеїв тощо); для створення об'єднань (акціонерних компаній (Англія), корпорацій (США)); для голосування на загальних зборах в інтересах засновників (voting trust); для захисту інтересів кредитора й підвищення відповідальності

боржника (конструктивний траст). Найбільш ши-роко він використовується у сфері комерційного управління чу-жим майном через створення численних корпоративних утво-рень — інвестиційних банків, компаній, страхових, пенсійних ощадних фондів і т. ін. Часом він суттєво відрізняється від тра-диційних трастових форм, однак суть залишається незмінною: довірчий власник в особі подібних організацій передає майно (акції, інші цінні папери, грошові вклади) з метою ефективного комерційного управління на користь власників, які й виступають бенефіціаріями (вигодонабувачами).

Відповідність інституту довірчої власності потребам сучасно-го торгового обороту зумовила поширення його елементів і в країнах романо-германської правової системи.

ГЛАВА 7

ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ

ПРО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

Ансон В. Договорное право. — М., 1984. — С. 11—51; Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. — К., 1999. — С. 355—405; Богатых Е. Гражданское и торговое право (От древнеримского к современному российскому). — М., 2000. — С. 131—168, 254—273; Гражданское право. Учебник / Под. ред А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., 1997. — Ч. 1. — С. 67—75; Гражданское и торговое право капиталистических государств. — М., 1993. — С. 231—235, 248—309, 427—439; Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. — М., 1999. —

С. 64—65, 230—235; Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. — М., 2001. — С. 331—356; 427—428; Канзафарова И. С. Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебн. пособ. — Харьков, 2003. — С. 14—77, 102—136; Кулагин М.И. Предпринимательство и право: Опыт Запада. — М., 1992. — С. 92—103; Мамутов В. К., Чувпи-

ло О. О. Господарче право зарубіжних країн. — К., 1996. —

С. 228—267; Осакве К. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и особенная части М.: Дело, 2000. — С. 160—230; Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование. — М., 1999. — С. 310—400, 583—643; Саватье Р. Теория обязательств. — М., 1972. — С. 16—52; Тынель А., Функ Я., Хвалей В. Курс международного торгового права. — Минск, 2000. —

С. 138—213; Цивільне право України / За ред. Дзери О. В., Кузнецової Н.С. — К.: Юрінком Інтер, 2002. — Кн. 1. —

С. 51—77; Эрделевский А. М. Компенсация морального вреда: Анализ законодательства и судебной практики. 2-е изд. — М.: БЕК, 2000. — С. 8—77;

Юридическая энциклопедия / Под общ. ред. Б.Н.Топорнина. — М., 2001. — С. 656—670, 145—147, Palandt. Burgerliche Gesetzbuch. Kommentar. 57. Aufl. — Munchen: C.H.Beck, 1998. S. 195—240; Burgerliches Gesetzbuch/ Zivilrecht: Wirtschaftrecht; Stud — Yur — Nomos — Textausgaben. — 1. Aufl. — Baden — Baden: Nomos — Verl. — Ces., 1992. — S. 47—162.

7.1. Поняття та види зобов'язань

у континентальній та англо-американській
цивільно-правових системах

У романо-германській правовій системі зобов'язальне право є одним із фундаментальних інститутів, тоді як в англо-американському праві не існує аналогів навіть самого терміна «зобов'язання» і, звісно, не можна говорити про існування чітко окресленого інституту зобов'язального права.

У країнах кодифікованого цивільного права зобов'язання регулюються спеціальними статтями (параграфами) цивільних кодексів, об'єднаними в певних структурних підрозділах. Так, у НЦК право зобов'язальних відносин регламентується книгою 2 «Зобов'язальне право», яка охоплює приписи загального характеру, зокрема норми про зміст зобов'язань, загальні положення про договори, припинення зобов'язань, уступку вимоги та переведення боргу, множинність боржників і кредиторів, а також положення щодо окремих видів договірних і недоговірних зобов'язань. Діють також спеціальні закони щодо окремих видів зобов'язань.

Слід мати на увазі, що **приписи зобов'язального права, які розміщені в НЦК, розраховані насамперед на звичайних громадян, хоча можуть субсидіарно застосовуватися і щодо підприємницьких відносин, які більшою мірою регулюються НТК та іншими законами.**

Французький ЦК **не встановлює загальних принципів чи норм, які б застосовувалися до всіх зобов'язань, незалежно від їх виду.**

У праві Англії та США проблеми зобов'язальних правовідносин врегульовуються судовим прецедентом і судовою практикою та завжди розглядаються у зв'язку з договором чи деліктом. Однак ні в доктрині, ні в судовій практиці такі правовідносини не порівнюються для виявлення загальних властивостей чи принципів.

У континентальній правовій системі зобов'язання розглядається як **обов'язок особи (боржника) надати дещо іншій особі (кредитору), вчинити або утриматися від вчинення певних дій в інтересах останнього**. Згідно з положеннями НЦК зобов'язання — це **правовідношення, в якому кредитор має право вимагати від боржника виконання дій, які реалізують обов'язок, або утримання від виконання певної дії**. У німецькій юридичній літературі зобов'язання розглядається також і в широкому розумінні, як переважно двосторонні відносні правовідносини, які зазвичай мають тривалий характер і полягають в обов'язку виконання (боржником) та можливості застосування примусу до виконання (кредитором) певних дій. У будь-якому разі за німецькою доктриною, основу зобов'язальних правовідносин

становлять «заборговані» (взяті на себе боржником) послуги, тобто те, що він зобов'язаний виконати, а тому мусить перетерплювати підвищену увагу до нього з боку кредитора; до них безпосередньо прилягає обов'язок відшкодування шкоди.

У Франції Цивільний кодекс не дає легального тлумачення поняття «зобов'язання», а доктрина, виходячи з поняття договору, визначає його як правовий зв'язок, у якому одна особа зобов'язується стосовно іншій до певного надання, вчинення дії чи утримання від певних дій.

У доктрині англо-американського права є спроби сформулювати поняття зобов'язального права, однак, як вже зазначалося, виключно стосовно або договорів, або деліктів.

Учасниками зобов'язань є дві сторони: кредитор (має право вимагати виконання або утримання від вчинення певної дії) і боржник (зобов'язаний виконати або не вчиняти певні дії). Кожна сторона в зобов'язанні може бути представлена як однією, так і кількома особами, права та обов'язки між якими можуть розподілятися по-різному залежно від змісту зобов'язання. Учасником таких правовідносин можуть бути треті особи, які одержують за зобов'язанням право вимагати від боржника виконання передбаченої зобов'язанням дії нарівні з кредитором.

У континентальному праві основним завданням зобов'язального права вважається регулювання відносин цивільно-правового обігу: надання речей (купівля-продаж, обмін, дарування), «тривале» надання речей (найм, оренда), надання послуг у широкому розумінні (трудовий договір, підряд, туризм, страхування та ін.). Зобов'язальні приписи містяться й в корпоративному праві; воно виконує функції захисту прав особистості та майнових благ, встановлює передумови відповідальності, порядок компенсації у випадку безпідставного збагачення та ін. Вважається, що найбільш наочно значення зобов'язального права розкривається в орієнтовному переліку видів зобов'язань, під час сприйняття якого слід враховувати особливості цивільно-правової доктрини та судової практики.

Класифікація зобов'язань у різних правових системах і в різних країнах має свої особливості, які обумовлені специфікою розвитку доктрини та судової практики. У праві Німеччини найбільш загальним є поділ зобов'язань за підставами виникнення: а) із угод (договірні); б) переддоговірні (виникають внаслідок взаємодії договірного відношення з соціальним контактом) і квазідоговірні (з відносин, схожих із договірними); в) із закону (виникають із ведення справ без доручення, безпідставного збагачення, незаконних дій (деліктні), утримання, спадкування тощо).

Французьке право розрізняє зобов'язання: а) договірні (виникають із договорів) і б) недоговірні (виникають із делікту, квазіделікту, квазідоговору, закону). Такий поділ їх на види відображено в структурі ФЦК. Квазідоговірні зобов'язання виникають між особами, які не укладали ніяких угод, однак вони перебувають у відносинах, схожих з договірними (ведення чужих справ без доручення, безпідставне збагачення та ін.). Квазідоговорами є дії однієї особи, що вчиняються з її власної волі від імені іншої, з яких виникають обов'язки перед третіми особами. Квазіделіктними є зобов'язання,

які виникли внаслідок ненавмисного заподіяння шкоди (недбалості чи необережності), оскільки **деліктними за французьким цивільним правом є лише навмисні дії заподіювача шкоди**.

У праві Англії та США, як вже зазначалося, не існує системного підходу до класифікації зобов'язань, оскільки немає законодавства, яке б визначало загальні принципи й систему підстав виникнення зобов'язань. У доктрині наводяться класифікації, які мають суто науковий характер. Найпоширенішою є класифікація, яка передбачає такі підстави їх виникнення: а) договір; б) делікт; в) квазідоговір; г) інші підстави.

Юридична **наука** в усіх правових системах розглядає класифікацію зобов'язань і за іншими критеріями: за **змістом, предметом, характером поведінки боржника тощо**. **Так, розрізняють зобов'язання:**

- **подільні** (можуть виконуватися частинами) і **неподільні** (виконуються тільки повністю);
- предметом яких є замінні (родові) та незамінні (індивідуально-визначені) речі;
- **позитивні** (боржник має вчинити якусь дію) і **негативні** (має утриматися від вчинення певних дій);
- альтернативні (боржник має право на власний розсуд виконати одну з кількох заздалегідь погоджених дій) і факультативні (у разі неможливості виконання основної дії боржник має право замінити її на іншу, заздалегідь обумовлену дію);
- **захищені позовом, або так звані «одягнені»**, (можуть бути виконані в примусовому порядку) і **незахищені позовом (у романо-германському праві — натуральні; в англо-американському — «безсильні договори»)**, або так звані **«голі»**, **зобов'язання** (не можуть захищатися позовом, тобто не можуть бути виконані в примусовому порядку, їх дійсність залежить від добровільного визнання їх боржником, а їх виконання є правомірною дією).

В **усіх країнах до останніх відносять зобов'язання, по яких закінчився строк позовної давності**. У континентальному праві це також **зобов'язання сплатити борг за азартними іграми чи парі, надання утримання позашлюбній дитині, виплати аліментів родичам, які не мають такого права за законом, зобов'язання, що покладені на спадкоємця за заповітом, який є недійсним через порушення форми укладення, виплати не обумовлених у договорі відсотків за грошовою позикою та деякі інші**.

В американському праві (США) виділяють так звані **ілюзорні зобов'язання** — які полягають в обіцянні чого-небудь, але фактично не спонукають боржника до будь-чого (**обіцянка кредитора не вимагати повернення боргу до тих пір, поки гроші не знадобляться йому**).

В усіх правових системах як самостійний вид зобов'язань розглядаються грошові зобов'язання, змістом яких є **обов'язок боржника передати кредиторів певну суму грошей або у власність (оплата готівкою), або за правом вимоги (безготівковий**

розрахунки). Вони можуть безпосередньо виникати як грошові або ж перетворюватися в грошові внаслідок невиконання чи неналежного виконання будь-яких інших зобов'язань.

7.2. Множинність та зміна осіб

у зобов'язаннях.

Припинення зобов'язань

Право всіх країн допускає можливість участі в зобов'язанні на стороні боржника чи кредитора (або обох) двох і більше осіб. Такі зобов'язання розглядаються як **зобов'язання з множинністю осіб** у всіх правових системах, однак підхід до їх регулювання в романо-германському й англо-американському праві принципово відрізняється.

За континентальним правом такі зобов'язання можуть бути **дольовими, солідарними або спільними**. У **дольових зобов'язаннях** кожен із співкредиторів має право пред'явити вимогу в межах належної йому заздалегідь визначеної частки; кожен зі співборжників самостійно відповідає (виконує зобов'язання) в межах його заздалегідь визначеної частки. Належне виконання певної частини зобов'язання одним боржником звільняє його від обов'язку, однак не припиняє дії зобов'язання для інших боржників.

У **солідарних зобов'язаннях** кожен зі співкредиторів може вимагати від боржника (боржників) виконання у повному обсязі. Повне виконання одному кредиторів звільняє боржника від обо-в'язків перед іншими кредиторами. Якщо в солідарному зобов'язанні кілька боржників, то кредитор має право вимагати виконання зобов'язання в повному обсязі від будь-якого із співборжників, а останній зобов'язаний виконати вимогу кредитора. **Солідарні зобов'язання виникають у випадках, коли передбачені законом (ФЦК, НЦК), у разі спільного заподіяння шкоди кількома особами (ФЦК, НЦК); за правом ФРН — як правило, в договірних відносинах (встановлено презумпцію солідарності боржників), а за правом Франції — у торгових договірних.** Солідарний співборжник, який виконав зобов'язання повністю або частину, що перевищує його частку (частки рівні для всіх), має право пред'явити до інших співборжників зворотну вимогу.

У спільних зобов'язаннях кілька кредиторів можуть пред'явити вимогу до боржника тільки всі разом; кредитор може пред'явити вимогу тільки до всіх боржників одночасно (НЦК). Такі зобов'язання можуть виникати, зокрема, у зв'язку з відособленим майном, що знаходиться у спільній власності кількох осіб (сім'ї, товариства, що не є юридичною особою тощо).

За англо-американським правом **кілька кредиторів можуть виступати як спільні (виступають як єдиний кредитор, вимога має виходити від усіх одночасно), або як окремі**. Кілька боржників можуть бути зобов'язаними спільно, окремо або спільно й окремо. У разі спільного зобов'язання існує єдине зобов'язання для всіх, кожен відповідає за все зобов'язання в цілому. Судове рішення може бути винесене тільки одразу щодо всіх боржників, однак кредитор має право виконати таке рішення за

рахунок майна одного зі співборжників. Якщо кредитор звільнив від зобов'язання одного з боржників, то інші також вважаються вільними від цього зобов'язання.

В окремих зобов'язаннях вимога щодо виконання може бути пред'явлена тільки до одного з боржників. У частині, в якій він не спроможний виконати зобов'язання, вимога може бути пред'явлена окремо до кожного з інших боржників, які мають відповідати незалежно від звільнення кредитором одного з них від виконання зобов'язання.

У зобов'язаннях, в яких боржники зобов'язалися спільно й окремо, кредитор має право вибирати: пред'явити вимогу до одного з боржників чи до всіх одночасно. Виконання зобов'язання одним з боржників припиняє право кредитора вимагати виконання від інших.

Правом усіх країн допускається зміна осіб у зобов'язаннях. Зміна кредитора — цесія (відступлення права вимоги) здійснюється в німецькому праві на основі договору між кредитором (цедентом) і третьою особою (цесіонарієм) про передачу останньому права вимоги до боржника. Для відступлення права вимоги не потрібна згода боржника (за винятком випадків, коли особа кредитора має істотне значення для виконання), однак він має бути попереджений. З моменту попередження боржника договір про цесію набуває юридичної сили для третіх осіб і боржника. Угода про цесію може бути як платною, так і безоплатною. До нового кредитора переходить увесь комплекс прав щодо даного зобов'язання, який належав цедентові; обов'язки боржника не змінюються.

Переведення боргу (зміна боржника в зобов'язанні) може здійснюватися на основі договору або між кредитором і новим боржником (третьою особою), або між третьою особою (новим боржником) і первісним боржником. У першому випадку третя особа бере на себе обов'язки боржника, а останній повідомляється про укладення відповідної угоди. Кредитор втрачає право вимагати виконання від первісного боржника. У другому випадку для переведення боргу необхідна згода кредитора, який одержує право вимагати виконання зобов'язання від третьої особи й втрачає його стосовно первісного боржника.

Дещо відрізняється переведення боргу у французькому та англо-американському праві. За ФЦК зміна боржника здійснюється шляхом делегації: на місці старого зобов'язання виникає нове, юридично не пов'язане з попереднім, а кредитор заявляє, що звільняє попереднього боржника від зобов'язання (повна делегація). Якщо кредитор не робить такої заяви, то попередній боржник залишається зобов'язаним до моменту повного виконання вимоги кредитора (неповна делегація).

В англо-американському праві виділяють два види цесії: остаточне відступлення прав (вимоги) і відступлення прав як способу забезпечення зобов'язання, тобто тимчасово, до погашення забезпеченого зобов'язання. Права, які є предметом відступлення, поділяють на такі, що передаються (для їх передачі не потрібна згода боржника за основним договором), та такі, що не передаються (вони не можуть передаватися без згоди боржника за основним договором; а якщо ж передаються

за згодою боржника, то має місце новація, а якщо без згоди останнього — то наявне порушення договору). Не можуть передаватися будь-які права, якщо їх передача суттєво змінює обов'язки боржника або ступінь ризику боржника, або можливості досягнення взаємного виконання зобов'язання, або суперечить публічному порядку, або вони є невід'ємними від особистості кредитора. Як правило, відступлення права (цесія) є платною угодою.

Відступлення прав у англо-американській цивільно-правовій системі може бути відкликано у будь-який час із волі цедента, для чого останній може вчинити будь-яку з таких дій: укласти угоду про відступлення тих самих прав іншому цесіонарію, пред'явити боржнику вимогу про виконання зобов'язання або прийняти від нього виконання, запропоноване останнім. Смерть цедента, його неієздатність або банкрутство також розцінюються як відкликання відступлення прав. Не може бути відкликано відступлення прав, якщо: воно супроводжується зустрічним наданням (є платним); документ, що посвідчує права, які передаються, уже передано цесіонарію; цесіонарій уже прийняв виконання від боржника або рішення суду проти останнього, або уклав із ним угоду про зміну умов зобов'язання.

Переведення боргу здійснюється в цій правовій системі на основі угоди про новацію, в якій беруть участь три сторони: кредитор, боржник і делегат; боржник звільняється від відповідальності перед кредитором. Переведення боргу можливе і шляхом делегування: боржник призначає іншу особу (делегата) для виконання його зобов'язань перед кредитором, тобто поступається своїм місцем делегату. У такому разі борг делегується повністю або частково; боржник не звільняється від зобов'язання, за винятком випадків, коли делегат дає офіційну обіцянку кредиторіві.

Припинення зобов'язання означає, що припиняються права й обов'язки його учасників: кредитор не має права звертати вимоги до боржника, а останній звільняється від будь-яких обов'язків щодо кредитора, які ґрунтувалися на даному зобов'язанні.

Зобов'язання припиняються в такі способи:

- **належним виконанням** відповідно до вимог закону умов договору та звичаїв ділового обороту; в англо-американському праві як аналогічна форма існує також поняття наданого звіту (про повну оплату боржником кінцевої суми та прийняття її, якщо є відповідна угода про кінцеві розрахунки та відкривався поточний рахунок);
- внаслідок **недійсності зобов'язання** (відносно недійсні — дійсність яких може бути оспорена в суді);
- внаслідок неможливості виконання (через обставини, за які боржник не відповідає та які настали після виникнення зобов'язання; в англо-американському праві — у тому числі, економічна неможливість у разі різкого підвищення вартості виконання зобов'язання внаслідок непереборної сили, смерті чи неієздатності боржника);
- внаслідок **випадкової загибелі речі**, що визначена індивідуальними ознаками (за відсутності вини сторін, якщо річ є єдиним предметом зобов'язання);

— зі смертю боржника або кредитора, якщо зобов'язання безпосередньо пов'язане з особою одного з них;

— зарахуванням зустрічних, взаємних, однорідних вимог, строк яких настав; (якщо вимоги різні за обсягом, то припиняється тільки менше за обсягом зобов'язання; інше зберігається в частині, яка перевищує зараховану вимогу); здійснюється на основі угоди сторін (Англія, США) чи однієї зі сторін (ФРН); чи на основі закону (Франція);

— внаслідок новації (встановлення нового за змістом зобов'язання замість попереднього, яке припиняє свою дію); в англо-американському праві як різновид новації існує інститут поглинання (merger): те ж саме зобов'язання набуває нової правової, більш гарантованої форми (наприклад письмової натомість усної), а також сурогатний (замінений) договір;

— складенням боргу — звільнення боржника кредитором (відмова кредитора): кредитор визнає, що зобов'язань у боржника більше не існує, або укладається угода між боржником і кредитором щодо звільнення від зобов'язання;

— у результаті збігу обов'язку й вимоги (боржника й кредитора) в одній особі;

— з настанням скасувальної умови (договір укладений під скасувальною умовою та в разі настання такої умови втрачає чинність (припиняється зобов'язання) .

Німецьке право додатково розглядає як підстави припинення зобов'язання досягнення цілей зобов'язання (якщо результат досягнуто без зусиль боржника, іншим шляхом) і відмову від зобов'язання (у НЦК — якщо договором (законом) одній стороні надано право відмовитися від договору, сторони повертають одна одній все одержане; наприклад, якщо виявлено дефекти товару) .

В англо-американському праві підставами припинення зобов'язання є також відмова від права натомість нового зустрічного надання (винагороди) або без такого, одностороння або взаємна концесувальна відступна (угода чи обіцянка про виконання у майбутньому в іншому вигляді або меншому розмірі) або взаємна реальна відступна (боржник відразу задовольняє вимоги кредитора, але в іншій формі, ніж та, що передбачена в договорі, або в меншому розмірі) .

7.3. Зміст і виконання зобов'язань

у зарубіжних цивільно-правових
системах

Проблема змісту зобов'язань розглядається в усіх правових системах і пов'язана, насамперед, з визначеністю (конкретністю) зобов'язання та його належним виконанням. Зміст зобов'язання відображає що, яким способом, де, коли і кому боржник повинен надати (виконати). У доктрині, часом, зміст зобов'язань розкривається через тлумачення обов'язку (обов'язків) боржника: те, що він повинен виконати, а тому його дії становлять зміст зобов'язання . Отже, зміст зобов'язання майже ототожнюється з предметом, хоча останній також розглядається доктриною,

пере-важно, у зв'язку з виконанням або тлумаченням зобов'язання.

Зміст обов'язків боржника, тобто і зобов'язання в цілому, ви-значається договором і законом (прецедентом). Однак норми за-кону в усіх правових системах, якщо він є джерелом зобов'язаль-ного права, у цих питаннях є диспозитивними; зміст зобов'язання залежить насамперед від угоди сторін. Юридична наука й прак-тика визначають вимоги щодо змісту зобов'язань (характеристи-ки обов'язків боржника): вони мають бути максимально конкре-тизовані та явні (оскільки передбачається можливість існування прихованих (не явних) обов'язків).

У теорії розрізняють: а) загальний обов'язок виконання; б) пе-р-твісні та в) похідні (реалізують обов'язок і дії, що вчиняються при порушенні зобов'язань). Виділяють також додаткові обов'язки, які не виражені чітко ні в законі, ні в договорі, однак впливають із засад добросовісності виконання, з повагою до добропорядних правил ділового обороту. Серед останніх розрізняють самостійні додаткові обов'язки, що мають окрему мету (ведення розрахунків, надання інформації кредиторів щодо виконання основного обов'язку та ін.), та несамо-стійні, які допомагають належно виконувати основний обов'язок (збереження матеріалів, призначених для виготовлення речі, їх економне витрачання та ін.).

З наведеного тлумачення змісту зобов'язання впливає дещо відмінне від прийнятого у вітчизняній правовій системі поняття виконання зобов'язання. Оскільки змістом зобов'язання вважа-ється лише обов'язок боржника, то виконанням зобов'язання вва-жається реалізація його змісту. Зміст обов'язку (зобов'язання) реалізується, коли боржник вчинив усі необхідні дії, а кредитор одержав результат виконання. Виконання має бути природним способом припинення зобов'язання, яке погашається, якщо бор-ж-ник виконав кредиторів саме те, що був зобов'язаний виконати, належним способом, в обумовленому місці, в обумовлений час. Критерії належного виконання зобов'язання різноманітні в різних правових системах і багато в чому збігаються. Разом з тим, оцінка належності виконання зобов'язання буде здійснюватися за такими загальними критеріями в тому разі, коли відповідні конкретні вимоги щодо виконання не передбачено самим договором, до умов якого слід звертатися в першу чергу.

У зв'язку з цим важливе значення мають норми закону та по-ложення судової практики щодо тлумачення змісту зобов'язання. У романо-германській цивільно-правовій системі завдан-ням тлумачення вважається встановлення справжнього наміру сторін. Тому тлумачення здійснюється не лише виходячи з бук-вального змісту слів і висловів, але й в контексті всього зо-бов'язання чи його частин і з урахуванням обставин виникнення зобов'язання. Якщо певні питання змісту зобов'язання неможли-во встановити, оскільки вони не врегульовані сторонами, то за-стосовують диспозитивні норми закону й звичаї.

У німецькому праві в основу тлумачення покладено волю сто-рін, свободу договору й приписи законів. Спеціальні правила тлумачення змісту зобов'язання закріплено в Законі про регулю-вання права загальних умов угод: нормою є угода сторін, відсут-ність якої може свідчити про відсутність зобов'язання; якщо від-сутня угода, слід

орієнтуватися на звичаєвості, тобто вчиняти за загальноприйнятими правилами; тлумачення формулювань, у яких висловлено зміст зобов'язання, здійснюється за правилами НЦК і з урахуванням здорового глузду та принципу справедливості. НЦК встановлює загальні правила тлумачення змісту зобов'язань сторонами: якщо не встановлені конкретні обов'язки, то визначає їх той, хто вимагає виконання; дії, які необхідно виконувати, визначаються за справедливим розсудом. В останньому випадку, якщо обов'язки встановлювалися однією зі сторін, то вважається, що вона визначала їх за справедливістю; визначення обов'язків здійснюється шляхом повідомлення про них іншій стороні; визначення обов'язків зобов'язує іншу сторону, якщо воно вчинене справедливо. Справедливість чи несправедливість змісту встановлюється судом.

У німецькому праві на тлумачення змісту зобов'язань впливають також такі поняття (принципи), як «добра воля», «добро-порядність», «віра», «довіра». Відповідний параграф НЦК закріплює правило про те, що боржник зобов'язаний здійснити свої обов'язки (виконати дії) у такий спосіб, як того вимагає добросовісність з урахуванням добропорядних правил обороту, за довірою і надійністю. Принцип добросовісності конкретизується в необхідності: а) кожній стороні чинити все, щоб взаємно сприяти полегшенню виконання зобов'язання, та уникати всього, що може їх обтяжити або зробити нездійсненними; б) уникати порушення прав іншої сторони; кожній стороні виявляти необхідну турботу про здоров'я та власність іншої сторони; в) дійсно робити спільно все, що вимагається для досягнення цілі договору; г) надавати необхідну інформацію про виконання дій для реалізації зобов'язання.

У французькому праві зміст зобов'язання визначається волею сторін (що виражена у відповідних формулюваннях, які тлумачаться як буквально, так і в контексті), а також усіма наслідками, які пов'язані з самою природою зобов'язальних правовідносин і впливають із законів, звичаєвостей і справедливості.

В англо-американській правовій системі підходи до тлумачення змісту зобов'язань (що виникають з договору) більш формальні, особливо, якщо вони виникають на основі письмового договору. У такому разі звертається увага насамперед на загально-прийнятий буквальний зміст слів і словосполучень, визначення й пояснення певних понять, які містяться в законодавчих актах, судових прецедентах, а також враховуються існуючі звичаї та торгівлі звичаєвості. У цій цивільно-правовій системі прийнято поділ умов змісту договору на істотні (у разі їх порушення інша сторона може відмовитися від договору) та прості (у разі їх порушення інша сторона може претендувати лише на компенсацію збитків). На випадок виявлення питань, які не врегульовані сторонами в договорі, існує поняття умов договору, які припускаються.

Виконання зобов'язання, як вже зазначалося, підпорядковується й загальним правилам, які закріплені в законах (Німецькому ЦК, Французькому ЦК та ін.). У французькому та німецькому праві меншою чи більшою мірою відомий принцип виконання зобов'язання в натурі, якому повинна надаватися перевага як у межах правомірної поведінки учасників, так і в разі примусового виконання обов'язку

боржником. Виконання має здійснюватися добросовісно, у точній відповідності з його змістом за всіма умовами, з урахуванням звичаїв цивільного обороту. Основні вимоги щодо виконання боржником зобов'язання стосуються суб'єктів, строків, місця, обсягу, способу (якості) виконання.

Зобов'язання може бути виконане боржником особисто або за його дорученням третьою особою, якщо особистість боржника, його індивідуальні риси (знання, досвід, вміння, хист) не мають істотного значення. Разом з тим, кредитор має право заперечувати виконання третьою особою. Зобов'язання має бути виконане кредитором особисто або уповноважений ним особі, яка за вимогою боржника зобов'язана видати документ, що підтверджує факт прийняття виконання.

Строки виконання зобов'язання визначаються угодою сторін, законом або звичаєм. За континентальним правом, якщо строк не встановлюється, то боржник вправі здійснити виконання негайно, а кредитор вправі вимагати від боржника негайного виконання. Якщо строк встановлений, то кредитор не може вимагати від боржника дострокового виконання. Боржник може виконати зобов'язання до закінчення строку, однак на це має бути згода кредитора, за винятком випадків, коли строк встановлюється виключно в інтересах боржника. Таке правило притаманне праву Німеччини, у якому розрізняють строки «на стороні кредитора» (він має право вимагати виконання) і строки «на стороні боржника» (має право вимагати прийняття виконання), які в деяких випадках можуть не збігатися. Боржник, який затримав виконання, вважається таким, що прострочив, лише за умови, якщо з боку кредитора надходило нагадування, за винятком випадків, коли інше встановлено договором, або зобов'язання за змістом могло бути виконане лише в певні строки, а за НЦК також, якщо строк виконання визначений календарною датою.

Французьке та німецьке право по-різному вирішують проблеми прострочення кредитора. Континентальне право за загальним правилом не вважає прийняття виконання обов'язком кредитора. ФЦК не регулює наслідків прострочення кредитора, а за НЦК прострочення кредитора не спричиняє його відповідальності перед боржником за виникнення в нього збитків. Останній може розраховувати лише на відшкодування витрат.

Англо-американське право принципово відрізняється в питанні строків виконання, оскільки останні не розглядаються як істотна умова зобов'язання, за винятком окремих видів договорів. Якщо строк виконання обов'язків боржником не визначений у договорі, вони повинні бути здійснені протягом «розумного терміну», тривалість якого визначається для кожного окремого випадку індивідуально з урахуванням обставин справи. Кредитор вправі вимагати дострокове виконання у випадку зміни (погіршення) майнового становища боржника, зменшення (втрати) гарантій і т. ін. Прийняття кредитором виконання розцінюється як обов'язок, а відмова від нього — як порушення (прострочення), яке зобов'язує його відшкодувати боржникові пов'язані з цим збитки.

Місце виконання має бути визначене у самому зобов'язанні або ж може впливати із його суті. У романо-германському праві якщо місце виконання не визначене

сторонами або не зрозуміле з самої суті правовідносин, то ним є місце проживання боржника (ФЦК, НЦК) або місце його підприємницької діяльності (НЦК); якщо ж обов'язком є сплата грошової суми — місце проживання кредитора (НЦК). В англо-американській цивільно-правовій системі для всіх договірних відносин діє правило, згідно з яким належним місцем виконання боржником обов'язку є місце проживання (місцезнаходження юридичної особи) кредитора. Виняток встановлено для договору купівлі-продажу — місце проживання (місцезнаходження юридичної особи) продавця (англійський закон про продаж товарів; ЄТК США).

7.4. Юридичні наслідки невиконання

зобов'язання чи виконання його

з порушенням умов

У разі невиконання своїх обов'язків, визначених у законі або договорі, або іншого порушення боржником умов договору настають не вигідні для нього наслідки, що виражаються у примушенні його виконати покладені на нього обов'язки в натурі та (або) стягненні з нього певної грошової компенсації.

Виконання обов'язку в натурі означає вчинення саме тих дій, які боржник зобов'язаний був виконати на основі договору або внаслідок заподіяння шкоди: передати майно, сплатити гроші, надати послугу, відновити ушкоджене майно, замінити річ і т.ін. Безумовно, такий спосіб захисту інтересів кредитора може застосовуватися у випадках, коли обов'язком боржника є вчинення позитивних дій, і неприйнятний для зобов'язань, змістом яких є утримання від певної дії.

У доктрині та судовій практиці зарубіжних країн щодо вирішення проблеми юридичних наслідків невиконання чи неналежного виконання зобов'язання сформулювалися протилежні підходи. За правом країн континентальної правової сім'ї обов'язок виконати зобов'язання в натурі є основним, а вимога щодо грошової компенсації збитків, як суто майнова санкція, розглядається як другорядна.

Принцип виконання зобов'язання в натурі знайшов досить категоричне закріплення в нормах НЦК стосовно договірних і деліктних зобов'язань, які розглядають відшкодування збитків як винятковий захід, встановлений на випадок, якщо виконання в натурі виявиться неможливим або недостатнім для повного відновлення інтересів кредитора.

У французькому праві розроблено судовою практикою, а в подальшому закріплено в процесуальному законодавстві так званий інститут примушення до виконання зобов'язання в натурі, який застосовується багатьма країнами цієї цивільно-правової системи: якщо боржник ухиляється від виконання дій, до яких його зобов'язує судове рішення, то він присуджується до сплати на користь кредитора певної грошової суми — штрафу за кожен день прострочення виконання (*astreinte*). Розмір штрафу встановлюється на розсуд суду й не обмежується; він може зростати довільно та ніяк не залежить від розмірів завданих збитків, понесених кредитором, що може призвести до істотних некомпенсованих втрат боржника.

Якщо виконання зобов'язання в натурі фізично можливе та на цьому наполягає кредитор, то за романо-германським правом суд зобов'язаний винести рішення про примусове виконання боржником обов'язку в натурі.

Присудження грошового відшкодування, як вже зазначалося, у континентальному праві розглядається як другорядна санкція у відповідальності за невиконання зобов'язання, що встановлена на випадок, якщо виконання в натурі виявляється неможливим або ж кредитор втратив інтерес до такого виконання. Хоча в торгових (комерційних) угодах така форма є найпоширенішою.

В англо-американському праві склався протилежний континентальному праву принцип, згідно з яким основним у цивільно-правовій відповідальності за невиконання зобов'язання є спосіб грошового відшкодування, який передбачено нормами загально-го права. Відшкодування збитків розглядається тут як основний засіб захисту інтересів кредитора, який у разі невиконання договору боржником завжди має право претендувати на грошову компенсацію.

Примусове виконання зобов'язання в натурі як додатковий захід відповідальності склалося в англо-американській правовій системі в практиці судів справедливості. Новітня судова практика застосовує його більш широко, особливо щодо торгових (підприємницьких) угод, і в тому числі, примусове виконання поширилося на угоди, щодо яких не застосовувалося раніше: будівельний підряд, трудовий найм (виявляється в поновленні на роботі), угоди не лише з нерухомістю, але й з іншими речами, які віднесено до унікальних (антикварні, дорогоцінні, інші товари, які неможливо придбати на доступному для покупця ринку) і т.ін. Однак, примусове виконання все ж розцінюється як винятковий захід, який застосовується судом у тому разі, коли грошова компенсація не може бути адекватним засобом, і за умови, що відсутня вина потерпілої сторони й договір укладено на умовах адекватного зустрічного надання (винагороди). Рішення про примусове виконання зобов'язання в натурі може бути винесено залежно від змісту порушеного боржником обов'язку або у вигляді по-кладення обов'язку виконання певних дій в натурі (specific performance), або у вигляді заборонного наказу суду (injunction), який забороняє боржнику вчиняти певні дії, які порушують його обов'язки за договором.

Відшкодування боржником, який не виконав або неналежно виконав зобов'язання, шкоди, що виникла у зв'язку з цим у кредитора, у всіх правових системах розглядається як засіб цивільно-правової відповідальності, що має суто майновий характер. Загальними для всіх країн є принципи відшкодування збитків: відшкодування має бути повним, тобто відшкодовується як позитивна шкода (реальні витрати й втрати кредитора), так і неодержані ним доходи (які він міг би отримати, якби зобов'язання було виконане боржником належно); грошове відшкодування має суто компенсаційний характер, тобто воно повинно відновити становище кредитора і поставити його у таке положення, в якому б він знаходився, якби зобов'язання було виконане, але цим і обмежується обсяг відповідальності боржника. Існують окремі винятки з цих загальних правил.

Умовами настання цивільно-правової відповідальності для всіх країн є наявність

таких елементів: шкода, протиправність ді-яння, яке спричинило шкоду, причинний зв'язок між діянням і шкодою, вина заподіювача шкоди.

Протиправним за правом усіх країн є діяння, яким порушено умови договірної зобов'язання або суб'єктивне право іншої особи. Відповідальність настає за умови, що шкода є прямим наслідком такого діяння; доктрина розглядає теорії прямого та непрямого причинного-наслідкового зв'язку як умови цивільно-правової відповідальності.

Єдиним для всіх країн є поняття шкоди, яке охоплює витрати, понесені кредитором та втрату, пошкодження (зменшення вартості) його майна (пряма, позитивна шкода), а також неотримані кредитором доходи, які він міг би отримати, якби боржник належно виконав зобов'язання (упущена вигода).

У доктрині розроблено класифікацію збитків та шкоди за різними підставами :

— за змістом втрат: майнова шкода — виявляється в зменшенні майна кредитора; немайнова (моральна) шкода — виявляється в ушкодженні психологічного (душевного) статусу особи, спричиненні страждань, переживань, утрат немайнового характеру (у договірних відносинах, як правило, не відшкодовуються, а лише в деліктних);

— за способом виникнення: прямі збитки — є наслідком безпосередніх дій боржника; непрямі або «віддалені» збитки — є наслідком складних юридичних фактів (дій боржника та третіх осіб або зовсім інших обставин) і не підлягають відшкодуванню;

— за характером порушення зобов'язань: компенсаторні збитки — стягуються натомість виконання зобов'язання й виключають примусове його виконання в натурі; мораторні збитки — стягуються за прострочення виконання; присуджуються поряд із примусовим виконанням зобов'язання в натурі;

— за способом обчислення: конкретні збитки — дійсні збитки, яких зазнала сторона за договором, розмір яких слід довести; абстрактні збитки — стягуються незалежно від фактичних збитків і обчислюються як різниця між договірною та ринковою ціною товару.

У німецькій доктрині розрізняють також шкоду, завдану інтересам виконання, яка виникає внаслідок невиконання зобов'язання, і шкоду, завдану довірі, тобто шкоду, яка виникає у майбутньому.

У праві Франції, Англії та США виділяють так звані передбачувані збитки, які були чи могли бути передбачені в момент укладення договору. За винятком випадків навмисного порушення договору боржником, відшкодуванню підлягають тільки такі збитки; вони ж включають реальні збитки та упущену вигоду.

В англо-американському праві існують також такі види збитків:

номінальні збитки (номінальна шкода) — це символічна сума, яка стягується з

боржника на користь кредитора для підтвердження формального права останнього у випадках, коли фактичних збитків не настало;

— збитки на підставі «оманливої» довіри (reliance damages) — сума, яку кредитор розумно витратив, сподіваючись на належне виконання договору; вони не можуть перевищувати передбачуваних збитків; як правило, застосовуються, якщо позивач не в змозі довести розмір передбачуваних збитків;

— каральні збитки (punitive damages, exemplary damages) — обчислюються виходячи не з обсягу завданих кредитором збитків, а з необхідності покарати за порушення договору у випадках, коли поведінка боржника містить обман (fraud) або злий умисел (malice), або якщо порушення договору становить самостійний делікт;

— загальні збитки (general damages) — які є природним наслідком порушення даного договору та не потребують доказів від позивача;

— особливі збитки (special damages) — які впливають з особливих фактів чи ситуацій і потребують достовірних доказів; щодо упущеної вигоди позивач повинен довести, що вона передбачалася.

У вирішенні проблеми вини як підстави відповідальності в договірних зобов'язальних відносинах у континентальній та англо-американській правових системах також склалися дещо різні підходи. У романо-германському праві вина боржника є обов'язковою умовою відповідальності; її наявність припускається, а обов'язок спростовувати цей факт покладається на боржника. Принцип презумпції вини боржника закріплено у відповідних нормах ФЦК (ст.1147) і НЦК (пар.282).

Доктрина розглядає такі форми вини боржника: умисел, який, безумовно, спричиняє відповідальність, зокрема можливість стягнення непрямих збитків; недбалість (вважається грубою виною), за якої боржник не виявляє звичайної обережності, притаманної поміркованій людині; необережність (вважається легкою виною; термін застосовується в безоплатних угодах) — боржник не виявляє турботливості, яка властива йому в особистих справах.

Якщо відповідач доведе відсутність своєї вини, то він звільняється від відповідальності. До обставин, що звільняють боржника від відповідальності, належать також невідворотні й непередбачувані обставини: непереборна сила як природного, так і суспільного характеру; випадок (обставини, за які не відповідає жодна зі сторін); економічна неможливість виконання зобов'язання внаслідок різкої зміни кон'юнктури ринку, підвищення цін, девальвації та інших обставин, які неможливо було передбачити. В окремих видах договірних відносин відповідальність може наставати, проте, і в разі дії непереборної сили чи випадку (повітряні перевезення, схов тощо).

В англо-американському праві встановлено принцип безвинної (абсолютної) договірної відповідальності боржника за порушення зобов'язання, тобто незалежно від вини. До того ж, такі обставини, як непереборна сила та випадок, за загальним правилом не звільняють боржника від відповідальності.

Основним (практично єдиним) засобом такої відповідальності за нормами загального права є грошове відшкодування, яке завжди можна отримати та яке за англо-американською доктриною договору вважається адекватним реальному виконанню. Отже, боржник у жодному разі не може відмовитися від виконання (виплати компенсації), посилаючись на неможливість цього. Однак судовою практикою встановлено винятки з цього правила — обставини, за яких боржник звільняється від відповідальності:

- випадкова загибель предмета договору, що є індивідуально-визначеною річчю;
 - смерть чи хвороба боржника за договором, в якому його особистість має істотне значення;
 - зміни в праві (законодавстві), що створюють неможливість виконання;
 - суттєві зміни зовнішніх економічних обставин, що роблять виконання вкрай не вигідним для боржника;
 - втрата сенсу договору («даремність» договору) — радикальні зміни обставин, які скасовують саму основу договору та які сталися незалежно від волі сторін після укладення договору;
- (у праві США прийнято вужче тлумачення теорії «даремності» договору як втрати цілі, задля якої він укладався);
- нездійсненність виконання — настання обставин, відсутність яких була основною передумовою укладення договору (розглядається в праві США).

7.5. Способи забезпечення виконання

зобов'язань у цивільному та торговому праві зарубіжних країн

В усіх правових системах і країнах, що розглядаються, розроблена й закріплена в законодавстві та судовій практиці досить складна система засобів, які мають забезпечити інтереси кредитора в разі невиконання чи неналежного виконання боржником зобов'язання. Ці засоби є різноманітними в різних країнах, серед них є як класичні, відомі ще римському праву, так і новітні. Однак всі вони стимулюють боржника до належного виконання своїх обов'язків і (або) надають певні гарантії на випадок його неплатоспроможності. У більшості країн основними засобами забезпечення зобов'язань є завдаток, неустойка, порука, гарантія, застава, утримання. Доктрина деяких країн відносить до них також страхування комерційних ризиків, акредитив, вексель, чек, резервування права власності, платіж до відвантаження товару, факторинг і т. ін.

Завдаток (earnest, arrhes, Draufgabe) за правом усіх країн — це грошова сума, що видається однією стороною в рахунок належних із неї за договором платежів іншій стороні для підтвердження факту існування договору та забезпечення його виконання.

За правом Франції, якщо сторона, що дала задаток, не виконає умови договору, то вона втрачає його. Якщо за невиконання договору відповідальна сторона, що

одержала завдаток, вона зобов'язана повернути його іншій стороні в подвійному розмірі. Відповідно до французького цивільного права задаток, окрім виконання вищевказаних функцій, відіграє також роль відступного: особа, що дала задаток, може вільно відмовитися від виконання свого зобов'язання з єдиним наслідком — втратою завдатку, без стягнення збитків. За правом ФРН і багатьох інших країн завдаток не може виконувати роль відступного, тому він не виключає відшкодування тієї суми збитків, що не покрита завдатком. За німецьким та англо-американським правом незалежно від причин невиконання договору сторона, яка одержала завдаток, повертає його в тому ж розмірі; збитки, яких зазнала одна зі сторін у такому випадку, мають відшкодуватися. Цей засіб забезпечення виконання зобов'язань застосовується в основному по договорах між громадянами або за їх участі.

Неустойка (penalty, clause penale, vertragsstrafe) є одним з най­більш поширених способів забезпечення зобов'язань країн континентального права. Вона визначається як грошова сума або інша передбачена договором майнова цінність, яку боржник зобов'язується передати кредиторowi в разі невиконання чи неналежного виконання зобов'язання (ст. 1226 ФЦК, пар.339 НЦК). Вважається, що основним призначенням неустойки є погашення збитків і звільнення кредитора від обов'язку доводити їх розмір. Неустойка має додатковий (акцесорний) характер і повністю залежить від долі основного зобов'язання. Якщо основна вимога, яка забезпечена неустойкою, визнається недійсною, то недійсною визнається й угода про неустойку.

У більшості зарубіжних цивільно-правових систем якщо не-устойка встановлена на випадок невиконання зобов'язання, то вона має альтернативний характер: кредитор вправі вимагати або виконання зобов'язання в натурі або сплати неустойки (ст. 1229 ФЦК, пар. 340 НЦК). Якщо неустойка встановлена на випадок неналежного виконання боржником своїх обов'язків, то вона є кумулятивною: кредитор може вимагати і сплати неустойки, і виконання зобов'язання.

За співвідношенням зі збитками зарубіжне право також розрізняє неустойку залікову — погашає збитки, а останні стягуються лише в частині, не покритій неустойкою; а також виключну — виключає стягнення збитків, незалежно від їх розміру стягується тільки неустойка.

Якщо заподіяні невиконанням зобов'язання збитки перевищують розмір неустойки, то питання співвідношення неустойки й збитків у законодавстві різних держав вирішується по-різному. Французьке цивільне право визначає загальною виключну неустойку, що розглядається як заздалегідь обчислені збитки. Виключається можливість додаткового стягнення збитків, навіть якщо вони перевищують неустойку. Суд має право змінити суму неустойки, якщо вона занадто висока або занадто мала. У ФРН кредитор згідно з законом за загальним правилом в змозі вимагати відшкодування збитків у частині, не покритій неустойкою (залікова неустойка); за ним визнається право вимагати від боржника або сплати неустойки, або виконання зобов'язання (альтернативна неустойка); до умов договору може бути включене

правило про штрафний (кумулятивний) характер неустойки, яка буде стягуватися понад збитки.

Англо-американське право в положеннях про неустойку суттєво відрізняється від континентального насамперед тим, що не містить єдиного терміна, ідентичного поняттю неустойки. Вона не виконує тут забезпечувальної функції та не отримала такого поширення, як у романо-германському праві. В англо-американській цивільно-правовій системі існує поняття штрафу (penalty), однак угоди про його стягнення не визнаються дійсними, оскільки цивільно-правова відповідальність має суто компенсаційний характер. Сама неустойка в праві Англії та США йменується як «узгоджені й обчислені збитки» (agreed and liquidated damages).

Під час тлумачення умов договору про неустойку англійський або американський суд не буде пов'язаний буквальним значенням слів, ужитих сторонами: penalty liquidated чи damages. Чи є неустойка штрафною, чи становить заздалегідь обчислені збитки, визначає суд, виходячи з характеру відносин між боржником і кредитором, обґрунтованості конкретної суми очікуваних збитків, визначених в угоді. Якщо, на думку суду, обумовлена сума є розумною й очевидно, що сторони мали на увазі її як умову про сплату заздалегідь обчислених збитків, то ця умова буде здійснена в примусовому порядку, а за англійським правом — навіть незалежно від суми фактичних збитків. Якщо ж суд вирішить, що суму встановлено довільно, то умова буде розцінюватися як штрафна й не підлягає примусовому виконанню. У такому разі кредитор для захисту своїх інтересів буде вимушений доводити розмір понесених збитків у звичайному порядку.

Порука (suretyship, guarantee, le cautionnement, Burgshaft) за загальним правилом являє собою договір, за яким одна особа (поручитель) бере на себе відповідальність перед кредитором за виконання боржником зобов'язання в повному обсязі або в певній частині. Порука має акцесорний характер і залежить від долі основного зобов'язання. Зобов'язання поручителя не може бути більшим за обсягом, ніж зобов'язання основного боржника, проте воно може бути менш обтяжливим і може стосуватися частини боргу. Вимога до поручителя може бути пред'явлена кредитором не раніше строку виконання основного зобов'язання. Порука видається на строк виконання зобов'язання.

У разі, якщо поручитель сплатив борг за основного боржника, настає так звана суброгація — до нього переходять усі права, що належали кредитору; він отримує право зворотної (регресної) вимоги до боржника.

Порука може бути простою і солідарною. За простої поруки відповідальність поручителя є субсидіарною, тобто додатковою: кредитор повинен спочатку звернутися з вимогою до основного боржника; у разі неможливості стягнення заборгованості з основного боржника кредитор може пред'явити вимоги до поручителя. За солідарної поруки кредитор може в разі невиконання зобов'язання основним боржником, пред'явити вимогу про оплату боргу безпосередньо до поручителя або до боржника й поручителя одночасно.

Законодавство окремих країн встановлює певні особливості договорів поруки та передбачає їх різновиди. Зокрема, досить докладно врегульовано питання поруки в німецькому праві, яке поряд із звичайною порукою, розрізняє також її різновиди: а) поручитель відмовляється від свого права не виконувати зобов'язання доти, доки кредитор не застосує інститут примусового виконання до основного боржника (Selbstschuldnerische Burgschaft); б) існує кілька поручителів, які відповідають перед кредитором солідарно, навіть якщо вони видали поруку незалежно один від одного (Mitburgschaft); в) третя особа поручається перед кредитором за виконання зобов'язання першим поручителем з основного зобов'язання (Nachburgschaft); г) поручитель відповідає перед кредитором остільки, оскільки боржник із основного зобов'язання не задовольнив вимог кредитора; кредитор повинен подати докази того, що він використовував щодо основного боржника всі можливі засоби (Ausfauburgschaft); д) третя особа поручається за виконання боржником із основного зобов'язання обов'язку від-шкодувати збитки першого поручителя, що виникнуть у остан-нього внаслідок невиконання боржником зобов'язань перед ос-новним кредитором; перший поручитель вправі скористатися цим засобом після того, як виконав своє зобов'язання перед ос-новним кредитором (Ruckburgschaft); е) поручителем забезпечу-ється виплата суми за векселем (або чеком) у цілому або частко-во; поручителем може бути або третя особа, або та, підпис якої вже є на векселі (чекові); угода про поруку повинна бути зазна-чена на самому векселі (чекові) або на будь-якому додатку до нього й підписана поручителем (вексельна порука та порука по чеках) .

Гарантія також розглядається як один із дієвих способів за-безпечення виконання зобов'язань у праві зарубіжних країн і тлумачиться як письмове зобов'язання гаранта (поручителя) сплатити бенефіціанту (кредитору) принципала (боржника) певну грошову суму протягом певного терміну. Найчастіше гарантом виступають банківські й інші кредитні установи (банківська гарантія — Bank Guarantee), рідше — солідні фірми (торгові товариства, корпорації, компанії) зі значним капіталом, що мають надійну й стабільну фінансову репутацію, яка підтверджується банками (фірмова гарантія). Гарантом також може виступати одна особа, що має істотний капітал (майно або рахунок у банках) і добре відома в ділових колах (особиста гарантія).

У практиці зарубіжних країн використовуються три основні види банківських гарантій відповідно до їхніх цілей: гарантії в тендерній торгівлі (гарантується відшкодування збитків у зв'язку з відмовою постачальника виконати замовлення організації, що оголосила торги); контрактні гарантії; гарантії під авансові пла-тежі (забезпечують покупцю повернення авансу, сплаченого ним продавцеві під виконання контракту, у разі невиконання останнім своїх зобов'язань).

Відносини гарантії мають спільні риси з відносинами поруки, разом з тим, відрізняються певними особливостями. Насамперед гарантія є самотійним зобов'язанням і не залежить від дії основ-ного договору, вона не може бути відкликана; документ, в якому відображена банківська гарантія, є цінним папером; предметом гарантійного зобов'язання завжди є тільки грошова сума й не може бути інше майно; гарантія видається на будь-який строк за відповідну винагороду; гарант

на відміну від поручителя не завжди має право регресної вимоги до принципала (боржника), хоча така можливість може бути передбачена в умовах договору.

Застава в усіх зарубіжних цивільно-правових системах розглядається як одна з основних форм забезпечення виконання зобов'язань, що має речово-правовий характер. За загальним визначенням застава є договором, відповідно до якого боржник передає кредитору будь-яке майно для забезпечення свого боргу. Заставадавець може бути як сам боржник, так і третя особа.

У разі невиконання боржником зобов'язання, забезпеченого заставою, кредитор не вправі вважати закладену річ об'єктом свого права власності без виконання визначених законом формальностей; він має звернутися до компетентних органів (суду), які за встановленою процедурою реалізують предмет застави й від виручених коштів кредитор погашає свої вимоги до боржника. Кредитор, вимоги якого забезпечені заставою, має переважне право перед іншими кредиторами на задоволення своїх вимог із вартості закладеного майна. Проте, якщо та сама річ є запорукою, що забезпечує вимоги декількох кредиторів, черговість задоволення їхніх вимог визначається моментами укладення договору застави кожним кредитором.

Законодавство всіх держав, переважно, регулює два види застави: заставу рухомого майна й заставу нерухомого майна. Застава рухомого майна — заклад (pledge, gage, Pfandrecht) — може бути здійснена як шляхом передачі кредиторі самої речі (фізична передача речі), так і в процесі передачі кредиторі відповідного зобов'язального документа про переуступку прав на закладену річ із залишенням цієї речі у володінні заставодавця. Заставодержатель, у володінні якого знаходиться річ, за загальним правилом не може користуватися нею, за винятком випадків, коли така можливість погоджена із заставодавцем, а плоди й доходи, одержані від використання, ітимуть на погашення боргів за зобов'язанням, що забезпечене заставою. Після настання строку виконання зобов'язання заставодержатель у разі невиконання боржником своїх обов'язків має право на примусовий продаж предмета застави у встановленому законом порядку для задоволення своїх інтересів.

Предметом закладу можуть бути будь-які рухомі речі, а також майнові права. У останньому випадку застава здійснюється за допомогою передачі заставодержателю документа, що засвідчує права з векселя, поруки, акції, інших цінних паперів.

В англо-американському праві застава таких речей здійснюється або у формі передачі їх у володіння заставодержателя (pawn, pledge), або у формі фидуціарної угоди (mortgage), за якою кредитор стає власником речі, яка передається під заставу, і має право користуватися нею, однак, якщо заставодавець виконає зобов'язання, яке забезпечувалося, він має повернути річ колишньому власнику.

Застава нерухомості — іпотека (Mortgage, hypothèque, hypothek), здійснюється зазвичай без передачі закладеного майна у володіння заставодержателя. За законодавством деяких країн допускається можливість передачі нерухомого майна у володіння заставодержателя (ст. 2085—2090 ФЦК).

Предметом іпотеки є нерухоме майно, що знаходиться у сфері торгового обороту, зокрема земельні ділянки, будівлі, споруди, його приналежності, що мають характер нерухомого майна, а також права на чужі нерухомі речі — узуфрукт, емфітевзис, сервітут і деякі інші.

Договір про іпотеку в усіх правових системах підпорядковується вимогам гласності: він потребує нотаріального посвідчення та (або) реєстрації в Поземельній книзі чи іншому державному реєстрі.

Застава нерухомості в різних країнах має певні особливості. Так, Німецький ЦК розрізняє два види іпотеки:

— оборотну, яка передбачає фактичну передачу кредитором іпотечного свідоцтва або погодження сторонами умови про те, що кредитор набуває права одержати таке свідоцтво від органа, який веде поземельні книги;

— забезпечувальну (книжкову), яка вимагає відповідної реєстрації в поземельній книзі; видача іпотечного свідоцтва виключається.

Французьке право виділяє загальну іпотеку та спеціальну.

Загальна іпотека обтяжує все нерухоме майно, яке належить боржнику, в тому числі і те, яке буде придбане після встановлення іпотеки; виникає на основі судового рішення або безпосередньо із закону. Закон (ст.2121 ФЦК) передбачає такі основні види загальної іпотеки: іпотека заміжньої жінки на майно її чоловіка; іпотека неповнолітньої особи або особи, що визнана недієздатною, на майно її опікуна; іпотека легатарія, якому заповідана грошова сума або споживні речі, на нерухоме майно, яке входить до спадкової маси; субсидіарна іпотека на користь привілейованого кредитора (погашення його витрат на поховання спадкодавця, витрат, зроблених у зв'язку з лікуванням останніх хвороб боржника; вимоги страховиків до страхових товариств тощо); іпотека держави, громадських об'єднань і державних установ на майно осіб, що управляють державним та муніципальним майном, і посадових осіб фінансових органів та відділів.

Спеціальна іпотека обтяжує тільки певні індивідуально-визначені речі, а не все майно боржника.

Від звичайної іпотеки право Франції відрізняє антихрез — іпотеку, яка потребує передачі нерухомості у володіння кредитора для покриття прибутками від її використання відсотків і основного боргу, забезпеченого заставою; ця форма застави зустрічається досить рідко.

В англійському праві відносини іпотеки регулюються прецедентним правом і законодавчими актами (Закон про власність 1925 р., Закон про споживчий кредит 1974 р.), які встановлюють інститут іпотечної застави (mortgage), що може виражатися в обтяженні будь-якого інтересу в рухомому й нерухомому майні чи в угоді про створення такого обтяження для забезпечення грошових або інших зобов'язань, що підлягають грошовій оцінці. За загальним правилом, якщо право розпорядження майном або інтересом передається іншій особі для забезпечення

грошового зобов'язання, то це майно чи майновий інтерес вважаються такими, що передані під іпотечну заставу.

Юридичний титул на майно, передане під таку заставу, переходить до заставодержателя, який стає його власником (хоча й не абсолютним). За умови належного виконання зобов'язання чи звільнення боржника від боргу, титул на майно повертається боржнику; в іншому випадку — заставодержатель стає абсолютним власником майна.

Іпотечна заставу за правом Англії є двох видів:

— заснована на нормах загального права — угода про передачу заставодавцем заставодержателю свого права власності на будь-яке майно під певною умовою; вимагає складання іпотечно-го акту (закладної), після чого заставодержатель може вступати у володіння майном;

— заснована на нормах права справедливості — угода, що обтяжує майно без передачі заставодержателю титулу або інтересу.

У США відносини іпотеки врегульовано законодавством окремих штатів і низкою законів, що прийняті на федеральному рівні: Закон про Федеральний банк внутрішніх позик (1932 р.), закон про Іпотечні корпорації Федерального банку внутрішніх позик (1970 р.), Закон про оприлюднення іпотеки будинків (1975) р. та ін.

Кваліфікуючою ознакою іпотеки в праві США є не вид майна (рухоме чи нерухоме), а той факт, що майно, яким забезпечується зобов'язання, залишається у володінні боржника. У деяких штатах діють норми, аналогічні положенням англійського загального права, про те, що право власності на майно, яке є предметом іпотеки, переходить до кредитора, який може вступати у володіння майном і залишається його власником до моменту виконання боржником основного зобов'язання.

Правомочності учасників такої іпотеки за правом окремих штатів досить суттєво відрізняються. Боржник, як правило, зберігає за собою право на викуп заставленого майна, яке обмежується певним строком (від 3 місяців до

3 років у різних штатах).

В іншій групі штатів титул на майно, що передається в іпотеку, не переходить від боржника до кредитора; власником залишається боржник, який за погодженням з кредитором продовжує користуватися майном.

У праві США також виділяють загальну та спеціальну іпотеку. У доктрині також проводиться класифікація іпотеки за різними підставами:

— відповідно до способів виконання основного зобов'язання: одноразова (строк чітко встановлено); строкова за вимогою (вимога пред'являється в будь-який момент із попередженням); строкова відкрита (строки можуть переноситися за погодженням сторін);

— за кількістю кредиторів, які беруть в ній участь: з одним чи кількома кредиторами;

— за цільовим призначенням іпотеки — на майно, яке купується, або яке будується

та ін.

Законодавству таких країн, як Франції, ФРН, Англія та ін. ві-домий інститут резервування права власності (*reserve de domi-nio*), яке допускається і використовується як засіб забезпечення платежів за поставлений товар. Суть його полягає в тому, що в разі продажу товару в кредит до умов договору включається по-ложення про збереження за продавцем права власності на прода-ний товар до тих пір, поки не буде здійснено останній платіж. Ризики ж випадкової загибелі товару покупець бере на себе з моменту передачі йому цього товару. Разом з тим, цей захід, як правило, не розглядається доктриною як засіб забезпечення циві-льно-правових (торгових) зобов'язань, оскільки він не має суто майнового змісту на відміну від розглянутих класичних вище за-собів.

7.6. Зобов'язання із заподіяння шкоди

в праві ФРН, Франції, Англії та США

Зобов'язання із заподіяння шкоди в усіх правових сис-темах розглядаються як один з інститутів цивільного права і ма-ють назву недоговірних зобов'язань або деліктних (*unerlaubte Handlungen, delits, torts*). Хоча поняття «недоговірні зобов'язан-ня», зокрема в континентальному праві, має ширше значення, оскільки охоплює, поряд з деліктними, зобов'язання з безпідста-вного збагачення та деякі інші.

Джерелами регулювання деліктних зобов'язань є кодекси (окре-мі глави у ФЦК і НЦК) та спеціальні закони: про захист та інформування споживачів товарів і послуг, про морські пригоди й інші окремі види зобов'язань (Франція), про автомобільний транспорт, про повітряний транспорт, про відповідальність за шкоду, завдану використанням атомної енергії та радіоактивних речовин (ФРН) та інші. В англо-американському праві основним джерелом є судові прецеденти, а також діють норми спеціальних законів про відповідальність за шкоду, завдану повітряним судном та ін. (Англія), закони окремих штатів США.

Зобов'язання із заподіяння шкоди вважаються деліктними, оскільки підставою їх виникнення є цивільне правопорушення (делікт). Зміст цих зобов'язань полягає в покладанні на боржника (заподіювача шкоди) обов'язку відшкодувати шкоду, завдану кредитуру (потерпілому) неправомірними діями.

У континентальній цивільно-правовій системі деліктні зо-бов'язання засновані на нормах об'єктивного права, тому закон закріплює перелік умов, за яких вони виникають. До таких умов у німецькому та французькому праві належать:

- шкода, завдана майну чи особистості ;
- протиправне діяння, яким заподіяно шкоду;
- причинний зв'язок між протиправним діянням і шкодою;
- вина як психічне ставлення заподіювача шкоди до вчине-ного ним порушення та його наслідків.

Як окрема умова відповідальності розглядається в континен-тальному праві й праві

США деліктоздатність особи, яка заподіяла шкоду (делінквента) .

У вирішенні питання відповідальності неповнолітніх осіб континентальне й англо-американське право відрізняються протилежними підходами. За правом ФРН — діти до 7 років є неделіктоздатними, а у віці від 7 років до 18 відповідають за шкоду, якщо спроможні усвідомлювати шкідливість своїх вчинків. Якщо суд встановить, що неповнолітній усвідомлював результати своєї шкідливої поведінки, то він може покласти на нього відповідальність. За загальним правилом за шкоду, завдану неповнолітніми, відповідають їхні батьки чи інші законні представники. У праві Франції неповнолітні не відповідають за спричинення шкоди. В англо-американській правовій системі неповнолітній самостійно відповідає за шкоду, завдану ним, за винятком тих випадків, коли судом буде встановлено, що він не розумів (не міг розуміти) наслідків своєї поведінки.

За шкоду, завдану слабоумними й душевнохворими громадянами, за континентальним правом відповідають їхні опікуни й інші особи, яким доручено доглядати за ними; а за англо-американським — такі хворі відповідають за свої дії самостійно.

Умовою відповідальності може бути як майнова шкода, так і моральна (немайнова). Майнова шкода виражається у втраті чи пошкодженні майна, витратах, що їх вчинив потерпілий (позитивна шкода), і неодержаних ним доходах (упущена вигода) . Моральною шкодою є душевні чи фізичні страждання та переживання.

Американська доктрина розглядає шкоду як будь-яке ушкодження інтересів права, яке захищається, і виділяє такі її види: моральна або психічна (душевні страждання) — приниження, гнів, сором, відчай, переляк, страх, неспокій, хвилювання тощо; шкода, завдана юридичним інтересам особи (правам і благам); шкода, завдана юридичним відносинам між особами (договірним, подружнім, батьківським тощо); фізична шкода, до якої належить майнова шкода й тілесна (фізичний біль, хвороба, погіршення фізичного стану людини, фізичне страждання).

У праві всіх країн встановлено принцип повного відшкодування шкоди, який означає, що відшкодовується як позитивна шкода, так і неодержані доходи. В окремих випадках розмір компенсації може перевищувати розмір шкоди: коли шкоду завдано особистості, життю й здоров'ю (ФРН); коли поведінка особи має особливо небезпечний, зухвалий характер (США).

Обсяг відповідальності може бути зменшено, якщо: є вина потерпілої особи, шкоду завдано душевнохворим громадянином; скрутним є матеріальне становище делінквента (континентальне право); розмір компенсації занадто великий (суддя має право зменшити його); закон передбачає зменшення компенсації (reduced damages); якщо платоспроможність відповідача є низькою (англо-американське право).

В англо-американській правовій системі існує поняття номінальної шкоди, яке використовується судом у випадках, коли позивач не зазнав реальних збитків, але його права порушені та потребують захисту. Суд присуджує стягнення умовної

(номіналь-ної) суми, яка підтверджує право потерпілого (кредитора), на-приклад, 1 дол. в США, 2 ф.ст. в Англії.

Протиправні дії виявляються в порушенні норм об'єктивного права, яке захищає інтереси осіб, і в посяганні на чуже суб'єк-тивне право чи інтерес, зловживанні правом. Доктрина й судова практика США класифікують протиправні дії залежно від кілько-сті потерпілих, проти яких вони були спрямовані: масовий делікт (проти дуже великої групи людей, наприклад внаслідок авіакатастрофи, аварії на АЕС, хімічному заводі та ін.); груповий делікт (проти колективу людей, наприклад дифамація колективу службовців корпорації); індивідуальний делікт (проти однієї фізичної особи).

За французькою концепцією цивільно-правової відповідаль-ності протиправність діяння є елементом вини заподіювача шкоди.

Зарубіжна цивілістика досить докладно розглядає різноманітні теорії причинного зв'язку як умови відповідальності за заподіяння шкоди (теорія необхідного причинного зв'язку, теорія еквівалент-ності, теорія адекватного зв'язку та ін.) . У доктрині й судовій практиці встановлено правило, згідно з яким протиправна дія повинна бути необхідною умовою виникнення шкоди. Тільки така шкода підлягає відшкодуванню. Не відшкодовується: шкода, що виникла без адекватного причинного зв'язку (ФРН), непряма шкода (Франція), занадто «віддалена» за причинним зв'язком (Англія та США).

Право усіх країн встановлює обов'язковою умовою відпові-дальності за заподіяння шкоди вини делінквента. На відміну від до-говірних відносин у зобов'язаннях із заподіяння шкоди наявність вини відповідача не припускається, її слід довести; тягар доказу-вання вини покладено на потерпілого. Форма вини (умисел, нед-балість, необережність), як правило, не впливає на розмір відпо-відальності. Спільна вина кількох осіб спричиняє солідарну від-повідальність. Наявність вини потерпілої особи у формі недбало-сті або необережності зменшує розмір відповідальності делінк-вента. Якщо вина потерпілого існує у формі умислу, а також у разі прохання або згоди його на спричинення йому шкоди, запо-діювач шкоди звільняється від відповідальності.

У передбачених законом і судовою практикою випадках мож-ливе настання так званої абсолютної відповідальності, тобто від-повідальності незалежно від вини, без вини заподіювача шкоди. До обставин, які спричиняють безвинну відповідальність у краї-нах континентального права відносять: заподіяння шкоди діями працівників під час виконання службових обов'язків, за які від-повідає роботодавець (пар. 831 НЦК, ст. 1384 ФЦК), заподіяння шкоди будівлями (пар. 836-838 НЦК, ст. 1386 ФЦК), тваринами (пар. 833-834 НЦК, ст. 1385 ФЦК), неякісними товарами, джере-лом підвищеної небезпеки, а також спричинення моральної шко-ди поширенням відомостей, які порочать честь, гідність чи ділову репутацію .

У країнах англо-американського права такими обставинами, як правило, є: заподіяння шкоди тваринами, зокрема й домашні-ми та дикими; заподіяння шкоди

пасажирові в момент посадки чи висадки, старту, польоту чи посадки літака; унаслідок недоліків товарів та послуг, діяльності, що створює підвищену небезпеку. Законодавство деяких штатів США встановлює інші правила .

Право цих країн визнає можливість звільнення від відповідальності за заподіяння шкоди, якщо: делінквент діяв у стані необхідної оборони (може бути приватною чи публічною), захищав власність, виконував державні функції, шкоду завдано з вини (за згодою чи на прохання) потерпілого, потерпілий (позивач) узяв на себе ризик заподіяння шкоди (США); закінчився строк позовної давності.

Такими є загальні правила деліктної відповідальності, разом з тим, право кожної країни має свої особливості інституту позадоговірної відповідальності. Найбільш прозорою видається система генерального делікту, що закріплена в законодавстві Франції.

У відповідній статті ФЦК (ст. 1382) закріплено загальні правила деліктної відповідальності: будь-які дії, що завдають шкоди іншій особі, зобов'язують винного відшкодувати її. Положення цієї статті застосовуються до будь-якого цивільного правопорушення, до всіх випадків заподіяння шкоди, тому мають назву «генеральний делікт». Судова практика за формою вини відрізняє поняття квазиделікту — протиправне заподіяння шкоди, що сталося внаслідок необережних дій делінквента; деліктом є тільки навмисні протиправні діяння. Проте юридичні наслідки і деліктів, і квазиделіктів однакові — обов'язок відшкодувати шкоду.

Право Німеччини на відміну від французького закріплює систему так званого змішаного делікту, що охоплює генеральний та спеціальні делікти. При цьому не можна упевнено стверджувати, що існує чітке законодавче визначення генерального делікту, однак в окремих статтях НЦК (пар. 823, 826) формулюються положення про те, що обов'язок відшкодування шкоди настає в разі посягання на будь-яке право й внаслідок спричинення шкоди будь-якими протиправними діями. Поряд з цим, НЦК закріплює низку конкретних фактичних складів правопорушень (спеціальних або сингулярних деліктів): порушення посадовою особою службових обов'язків, посягання на життя, здоров'я, особисту свободу, особисту безпеку, ділову репутацію, жіночу гідність, зокрема використання її залежного становища, посягання на право власності та ін. Німецьке законодавство й судова практика не розмежовують делікти за формою вини заподіювача шкоди; будь-яке навмисне чи ненавмисне протиправне діяння, що спричинило шкоду, вважається деліктом.

В англійському праві немає загального поняття делікту, але нормами загального права встановлено ряд самостійних фактичних складів цивільних правопорушень (torts), що спричиняють відшкодування шкоди, які умовно називають системою сингулярних деліктів. Конкретні склади правопорушень, яких досить багато, вироблені судовою практикою; за їх межами захист права вважається проблемним. За об'єктами посягання ці делікти об'єднуються в певні групи:

— посягання на особу — порушення володіння (фізичним тілом — trespass to person): насильство, погроза насильством, позбавлення свободи; недбалість

(невиконання обов'язку, наприклад, не попередження про шкідливі якості речей, які передаються на зберігання); усний або письмовий наклеп;

— посягання на власність — порушення володіння майном (trespass); злодіяння (шкідливі діяння, створення перешкод у користуванні майном); позбавлення володіння, утримання (проти-правне утримування речі особою, яка не має на це права); при-власнення чужого майна; наклеп стосовно правового титулу (поширення неправдивих відомостей щодо права позивача на річ або її якості); порушення виключних прав;

— посягання на стабільність побутових і договірних відносин — позбавлення послуг (підмова працівника порушити договір про надання послуг); схиляння до порушення договірних обов'язків; введення в оману (обман) .

Умови відповідальності в окремих видах деліктів можуть відрізнятися. Зокрема, у деяких випадках наявність шкоди та наявність вини не мають вирішального значення для виникнення деліктного зобов'язання. Якщо фактичної шкоди немає, то може присуджуватися стягнення номінальних збитків.

У законодавчій практиці США проблема чіткого формулювання цивільного правопорушення також залишається не вирішеною: відсутнє визначення генерального делікту. У доктрині з цього приводу також висловлюються різноманітні точки зору; практично, усі науковці визнають тільки те, що делікт (tort) не є договором . Взагалі право США розвиває систему сингулярних деліктів (окремих фактичних складів правопорушень), що відображені в нормах загального права, встановлює загальні принципи, з'ясовує та формулює цілі й ролі деліктних зобов'язань. Найбільш поширеними видами деліктів є :

— порушення володіння (trespass); має три різновиди: 1) порушення володіння землею чи іншою нерухомістю (вступ на земельну ділянку чи будівлю без достатніх підстав, відмова залишити земельну ділянку (будівлю), розміщення, переміщення речей на землі володільця) за винятком випадків, коли такі дії дозволені законом; 2) порушення володіння рухомим майном (неправомірне користування речами володільця, позбавлення володільця його речей, ушкодження речей); 3) порушення недоторканності особистості (фізичне насильство чи погроза його застосування, незаконне позбавлення свободи; навмисне втручання у справи особистості). Відповідальність за порушення володіння настає незалежно від наявності шкоди;

— злодіяння (nuisance), шкідливі діяння — дії чи упущення, які призводять до втручання, завдають дискомфорту чи неприємностей особі під час реалізації її прав як члена суспільства (публічні злодіяння) або права власності, володіння землею, сервітутних і подібних прав. Прикладами таких дій можуть бути розміщення на сусідній ділянці землі шкідливого виробництва, будівництво інфекційної клініки, будинку для душевнохворих, парку атракціонів, задимлення, затінення території сусідів, створення перешкод для проходу, проїзду через свою ділянку особами, які мають сервітутні права та будь-які інші дії, які створюють неможливість чи незручності в правомірному використанні майна чи реалізації інших прав.

Судова практика розробляє й інші види деліктів, які передбачають, наприклад, відповідальність продавця алкогольних напоїв за шкоду, спричинену п'яним водієм; відповідальність адміністрації готелю за шкоду, завдану постояльцям третіми особами; відповідальність громадських перевізників і володільців соціально-побутових об'єктів (торгові, спортивні, культурні центри та ін.) за шкоду, завдану відвідувачам третіми особами; відповідальність за дії, спрямовані на знищення доказів, необхідних потім у процесі, за обман, зловмисну змову проти підприємця, поширення неправдивої інформації, втручання в договірні відносини, торгівлю під чужим іменем і багато інших.

Насамкінець варто зазначити, що внаслідок ускладнень суспільних відносин, часом, досить складно відмежувати випадки договірної відповідальності та відповідальності за деліктні правопорушення, тобто встановити єдину підставу виникнення зобов'язання відшкодувати шкоду. Перш за все, ідеться про різні види перевезень, зокрема міжнародні морські й повітряні перевезення. Саме тому щодо останніх законодавством багатьох країн та міжнародними угодами встановлено єдині правила пред'явлення позовів про відшкодування шкоди, незалежно від підстав її виникнення.

У деяких країнах спостерігаються тенденції до уніфікації договірної та деліктної відповідальності, допускається можливість застосування норм, які регулюють деліктну відповідальність, до договірних відносин, а в окремих з них сформувалося поняття так званої конкуренції позовів. Вона означає, що потерпілий має право самостійно визначитися, подавати позов про відшкодування шкоди як такої, що завдана в договірних відносинах або спричинена правопорушенням (деліктом), чи ні. Наслідки пред'явлення позову будуть дещо різними, оскільки існують суттєві розбіжності в регулюванні договірної та деліктної відповідальності щодо умов виникнення, тягаря доведення, наявності вини як обов'язкової умови відповідальності, можливості вимагати відшкодування моральної шкоди тощо. Конкуренція позовів допускається в праві ФРН, Англії та США, але не допускається французьким законодавством.

7.7. Компенсація моральної шкоди

в праві зарубіжних країн

Право зарубіжних країн визнає такий вид шкоди як моральна шкода й можливість її компенсації, переважно, у деліктних зобов'язаннях. Досвідом країн, що розглядаються, накопичена багата практика застосування цього правового інституту. У Німеччині компенсація моральної шкоди регулюється нормами НЦК (пар. 847, 823), у яких ідеться про «немайнову» шкоду та виплату грошової компенсації за таку шкоду. У доктрині та судовій практиці застосовується термін «компенсація за страждання» (або «шкода, завдана почуттям»). Безпосередньо норми НЦК передбачають можливість такої компенсації у випадках тілесних ушкоджень, заподіяння іншої шкоди здоров'ю, неправомірного обмеження свободи потерпілого. Під стражданнями розуміють фізичні й душевні страждання (переживання), а під немайновою шкодою — зменшення немайнових прав і благ, які належать

особистості.

Судовою практикою, виходячи з конституційного закріплення прав особистості та їх недоторканності, визначено інші види по-рушень, які є підставою для виникнення зобов'язань з компенса-ції моральної шкоди: порушення таємниці листування та записів конфіденційного характеру, втручання в приватне життя особи внаслідок несанкціонованої фотозйомки, розголошення відомос-тей про приватне життя та ін.

Французький цивільний кодекс містить статтю (ст. 9), яка без-посередньо передбачає захист особистих немайнових прав. Од-нак ще до її введення судова практика застосовувала такий спосіб захисту, як компенсація моральної шкоди, на основі загальних норм щодо деліктних зобов'язань (ст. 1382, 1383). Пояснюється це тим, що в законі сам термін «шкода» згадується як загальна категорія, і розмежування її на майнову чи немайнову шкоду як підставу відповідальності не повинно проводитися; відшкодуванню повинна підлягати будь-яка шкода. До зобов'язань із відшкодування майнової та немайнової шкоди застосовується загальний підхід; у деяких випадках у судовому рішенні за позовом про відшкодування шкоди навіть не зазначається, яка частина гро-шової суми присуджується для відшкодування майнової, а яка — для компенсації немайнової шкоди.

Однак у теорії та судовій практиці такий розподіл існує: шко-ду, завдану особистим немайновим правам і благам, називають моральною (*dommage moral*). Остання тлумачиться як зменшення немайнових, а в деяких випадках і майнових прав і благ, тобто можливість присудження компенсації безпосередньо не залежить від наявності в потерпілого страждань.

У праві Англії та США існує декілька варіантів визначення поняття, аналогічного поняттю моральної шкоди: психічна шкода (*psychological injury*), психіатрична шкода (*psychiatric injury*), нер-вовий шок, потрясіння (*nervous shock*), звичайні переживання (*ordinary chock*). Найбільш поширеним у праві Англії та США і наближеним до поняття моральної шкоди є термін «психічна шкода».

Англо-американське право насамперед розрізняє саму ціль відшкодування психічної шкоди: компенсаційну — у разі просто-го необережного її спричинення та штрафну — у разі навмисно-го або з грубої необережності заподіяння такої шкоди . У першому випадку делінквент відповідає лише за фізичні страждання, які є наслідком душевних страждань, а в другому — як за будь-які психічні (душевні) страждання, так і за фізичні.

Умовами виникнення зобов'язань з компенсації немайнової (моральної, психічної) шкоди в усіх країнах є умови, практично аналогічні до тих, що встановлені для відшкодування майнової шкоди. Такі зобов'язання виникають у деліктних правовідноси-нах, та, як виняток, можуть виникати в договірних. Найчастіше вони застосовуються в разі навмисного заподіяння шкоди та в тих видах контрактних відносин, де порушення умов договору за своєю природою найбільш імовірно спричинятиме і психічні втрати, тобто коли такий наслідок порушення договору, як наяв-ність моральної шкоди, є передбачуваним.

Складною є проблема розміру відповідальності за таку шкоду. У жодній з країн не існує єдиної законодавчо закріпленої або створеної судовою практикою методики визначення обсягу немайнової (психічної) шкоди та розміру адекватної компенсації.

За німецьким правом (пар. 847 НЦК) компенсація за перенесені страждання повинна бути справедливою: до уваги береться загальний принцип вирівнювання вигоди; потерпілий має бути по-новлений у стані, який існував до порушення його прав чи інтересів, однак він не повинен одержати вигоду внаслідок компенсації йому такої шкоди. У процесі встановлення розміру справедливої компенсації судова практика враховує такі показники: фізичні страждання потерпілого (особлива чутливість до болю, вид тілесного ушкодження, тривалість лікування та наслідків), психічні страждання (наслідки, спотворення зовнішності, вік, можливість продовження колишньої роботи, ступінь усвідомлення скрутності свого становища, хвилювання за долю сім'ї, можливість збереження індивідуальних якостей особистості (талантів, нахилів), особлива психічна вразливість, схильність до переживань), ступінь вини заподіявача шкоди, його майновий стан та ін. Під час обчислення розміру компенсації за моральну шкоду також будуть братися до уваги суми компенсацій, які призначалися судами раніше в аналогічних справах.

У Франції, де законодавство й судова практика не обмежують особисті немайнові права й блага яким-небудь визначеним переліком і допускають компенсацію моральної шкоди в необмеженій кількості випадків, суд задовольняє позови про компенсацію моральної шкоди, керуючись вимогами справедливості. Це означає, що суддя не буде поспиратися на арифметичні розрахунки, а враховуватиме усі відтінки стосунків, які дуже важко зважити, і тому будь-яке рішення неминуче буде довільним. Воно залежатиме також від зв'язку, що існує між окремими випадками моральної шкоди й тим відшкодуванням, яке опосередковано може полегшити стан потерпілого. Буде взято до уваги й оцінено всі конкретні обставини даного випадку, такі, зокрема, як справжні потреби потерпілого, зловмисність особи, яка заподіяла шкоду, причини, що спонукали потерпілого висунути вимоги про компенсацію.

В окремих випадках суддя може застосувати символічне засудження, таке, наприклад, як зобов'язання сплатити один франк.

Спільність правових систем Англії та США зумовлює подібність підходів до розв'язання проблеми розміру компенсації психічної шкоди. Судовою практикою випробувано різноманітні способи вирішення цього питання. У деяких судових рішеннях застосовувався часовий підхід, який припускає, що гострота сприйняття хвилювань, болю пом'якшується з плином часу. Суть іншого підходу полягає в тому, що «вартість» страждань має оцінюватися за допомогою «ринкових» критеріїв: наприклад, слід з'ясувати, за яку суму грошей людина погодиться добровільно пережити операційний біль, і призначити цю суму в якості компенсації.

В основу ще одного зі способів покладено оцінку втрати життєвих перспектив: вираховується приблизно, наскільки потенційно скорочується тривалість життя потерпілого у зв'язку із заподіяним йому ушкодженням здоров'я порівняно зі середньою тривалістю життя в країні. Цей спосіб не застосовується у випадках

заподіяння каліцтва дітям через те, що їх життєвий статус ще не склався

В юридичній літературі виділяють три загальнотеоретичні підходи до вирішення питання про розмір відшкодування психічної шкоди, що склалися в англо-американській судовій практиці — концептуальний, особистісний і функціональний. Суть концептуального підходу полягає в проведенні аналогії з майновою шкодою: життя людини, як вважається, — це також майно; функції організму — такі ж цінності, як, наприклад, будинок, акції та ін. Отже, кожна частина тіла має об'єктивну цінність, і в разі її втрати чи пошкодження вона має бути замінена (грішми, відповідним благом, яке може бути надбане завдяки їм). Практикою застосовується так звана «тарифна система», відповідно до якої розмір відшкодування залежить від тяжкості каліцтва. Так, наприклад, втрата ока оцінюється в 3000—4000 ф.ст., вказівного пальця — в 1250 ф.ст., травма щелепи — в 6250 ф.ст. і т.д.

В Англії діє так звана Тарифна схема компенсацій, яка застосовується Комісією з питань компенсації шкоди, завданої злочинцем, з 1994 р. За цією схемою відшкодовується фізична чи психічна шкода, пов'язана з насильницькими злочинами, яка призвела до зниження життєвої активності: пониження працездатності, здатності до навчання, розриву соціальних зв'язків, психічних розладів та інших (у тому числі біологічних) уражень. Усі види шкоди розбиті в Тарифній схемі на 25 видів з єдиним розміром компенсації у кожній групі. Мінімальний розмір компенсації в разі тривалості психічних (душевних) хвилювань і розладів від 6 до 16 тижнів становить 1 тис. ф.ст. Індивідуальні особливості кожної справи в разі застосування цієї схеми ігноруються.

Особистісний підхід полягає в тому, що глибина переживань, викликаних ушкодженням здоров'я, залежить від особливостей психіки потерпілої особи. Тому призначення компенсації має на меті поповнити певним чином втрату можливості насолоджуватися життям у теперішньому і майбутньому (втрату щастя). Очевидно, що розмір компенсації за таких умов визначається довільно. Функціональний підхід передбачає неможливість встановити «цінність» щастя, а тому, як вважається, суд має присуджувати позивачеві таку суму, котрої було б достатньо для його задоволення. Безумовно, розглянутими методиками не вичерпується досвід англійських судів і судів США, оскільки специфічні особливості має кожен вид деліктного правовідношення.

Необхідною умовою відповідальності за психічну шкоду в цій правовій системі є так звана «причетність» потерпілого до події, що спричинила шкоду, іншими словами встановлення безпосереднього причинного зв'язку такої шкоди з протиправним діянням відповідача. Досить жорсткі критерії застосовуються судами й стосовно принципу передбачуваності виникнення психічної шкоди, яка є однією з умов виникнення права на її компенсацію.

Слід зауважити, що вимога про компенсацію психічної (моральної) шкоди не завжди є предметом судового розгляду. Досить часто заподіювач шкоди та потерпілий вирішують це питання в позасудовому порядку.

ГЛАВА 8

ДОГОВОРИ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. — К., 1999. — С. 355—372; Богатых Е. Гражданское и торговое право (От древнеримского к современному российскому). — М., 2000. — С. 169—189, 202—253; Гражданское право: Учебник / Под. ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., 1997. — Ч. 1. — С. 67—75; Гражданское и торговое право капиталистических государств. — М., 1993. — С. 255—274, 313—426; Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. — М., 1999. — С. 63—68, 215—236; Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. — М., 2001. — С. 313—330, 373—382; Канзафарова И. С. Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебн. пособ. — Харьков, 2003. — С. 14—77, 102—136; Кулагин М. И. Предпринимательство и право: Опыт Запада. — М., 1992. — С. 71—92; Мамутов В. К., Чувпило О. О. Господарче право зарубіжних країн. — К., 1996 — С. 228—267; Осаке К. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и особенная части М.: Дело, 2000. — С. 155—175; Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование. — М., 1999. — С. 310—326, 401—469; Тынель А., Функ Я., Хвалей В. Курс международного торгового права. — Минск, 2000. — С. 138—169; Цивільне право України / За ред. Дзери О.В., Кузнецової Н. С. — К.: Юрінком Інтер. — Кн. 1. 2002. — С. 51—77; Юридическая энциклопедия / Под общ. ред. Б. Н. Топорнина. — М., 2001. — С. 31, 278, 706, 933; Burgerliches Gesetzbuch/ Zivilrecht: Wirtschaftrecht; Stud—Yur — Nomos — Textausgaben. — 1. Aufl. — Baden — Baden: Nomos — Verl. — Ces., 1992. — S. 47—162.

8.1. Поняття договору в цивільному праві

зарубіжних країн. Класифікація договорів

У праві зарубіжних країн по-різному визначається місце правових норм, що регулюють договірні відносини, у системі права та вчення про договори в системі цивілістичної доктрини. Так, у континентальному праві поняття договору є одним з центральних; сам термін «договірне право» досить рідко вживається, хоча в деяких випадках цей інститут навіть ототожнюється із загальними положеннями зобов'язального права .

В усіх країнах договірні відносини врегульовано законами. Норми щодо договорів не завжди в систематизованому вигляді розміщені в цивільних кодексах (ФЦК, НЦК) у главах про угоди, зобов'язання та окремі види договорів, вони також містяться в деяких окремих законодавчих актах — законах: про строкові бір-жові угоди 1885 р., про законну процентну ставку 1975 р., про купівлю-продаж та заклад майнових комплексів комерційних підприємств 1909 р., про оренду майнових комплексів комерційних та промислових підприємств 1956 р., про оманні дії і фальсифікацію продуктів і послуг 1905 р., про безпеку споживачів 1978 р., що вносить зміни в різні положення закону 1905 р., ордонанс про свободу цін і конкуренції 1986 р. (Франція);

про страховий договір 1908 р., про мирові угоди 1935 р., про автомобільні перевезення 1952 р., про регулювання права загальних умов угод 1976 р. (ФРН).

Взагалі правове регулювання та правова доктрина договорів у романо-германському праві охоплює специфічні питання, які виходять за межі загального вчення про угоди та зобов'язання: проблеми переддоговірних відносин, меж дії принципу свободи договору, порядку укладення договорів та ін.

В англо-американському праві всі інститути договірних відносин розвивалися, переважно, судовою практикою й виражені в нормах загального права. Окремі положення про конкретні види договорів містяться в спеціальних законодавчих актах. Зокрема, в Англії діють закони: про продаж товарів (1893 р., 1979 р.), про справедливую торгівлю (1973 р.), про поставку товарів, про недобросовісні умови договорів (1977 р.), про поставку товарів і надання послуг (1982 р.).

У США договірне право походить з англійського загального права й нині продовжує контролюватися, переважно, загальним правом. Разом з тим, більшість основних норм загального права про договори включені до законодавчих актів і діють вже як норми законодавства. Застосування загального права поряд зі згаданими законами вимагає ретельного розгляду кожної окремої угоди для з'ясування, яка саме частина договірного права на неї поширюється. Основні положення щодо договірних відносин закріплено в Єдиному торговому кодексі США та у Зводі договірного права (Restatement of Contracts), а також у цивільних кодексах, що діють в окремих штатах (Луїзіана, Каліфорнія). Правові норми щодо договорів є основою зобов'язального права в цій цивільно-правовій системі.

Договір як юридичний факт у всіх правових системах є однією з найпоширеніших підстав виникнення цивільних (зобов'язальних) правовідносин.

У Французькому праві договором вважається угода, спрямована на встановлення, припинення або зміну прав і обов'язків (ст. 1101 ФЦК).

У Німецькому ЦК немає офіційного визначення поняття договору. У літературі аналогічне до наведеного вище («французького») його тлумачення виводиться зі змісту пар. 305 НЦК, згідно з яким для виникнення чи зміни зобов'язання необхідний договір між учасниками, якщо законом не передбачено іншого. У німецькій доктрині розглядаються різні тлумачення договору: як узгоджене між партнерами регулювання правових відносин, як двостороння угода, за якої щонайменше два узгоджених волевиявлення спрямовуються на досягнення правового результату, як досягнуте двома чи більше особами погодження воель про досягнення правового результату.

В англійському праві немає легального визначення договору як правової категорії. Судова практика та доктрина розглядає договір як обіцянку (promise) або кілька обіцянок, за порушення яких право встановлює санкцію, що свідчить про наявність у кредитора права на позов. Тобто в основі договору міститься добровільно надана обіцянка взяти на себе юридичний обов'язок. Розуміння договору як обіцянки в англійському праві склалося історично: суди визнавали й захищали відносини, за

яких одна особа в односторонньому порядку брала на себе обов'язок (обіцяла іншій особі) виконати якісь дії: постачання товару, перевезення вантажу, надання приміщення та ін. Якщо надана у такий спосіб одностороння обіцянка порушувалася, то особі, на чию користь вона була зроблена, надавався захист у вигляді спеціального позову (assumption). Однак цей захист надавався лише в обмежених випадках, і, безумовно, у такому вигляді цей інститут не мав перспектив розвитку. У подальшому суди стали забезпечувати захист тих відносин, за яких обіцянка щонебудь зробити була надана в обмін на який-небудь еквівалент або на те, що для боржника представляє інтерес. Так, поступово в англійському договірному праві почала розвиватися доктрина зустрічного надання або зустрічної винагороди (consideration). Відтак, обіцянка породжує правові наслідки, якщо вона прийнята кредитором; примусове виконання може бути застосоване проти боржника, якщо кредитор уже надав еквівалент, у якому зацікавлений боржник.

Англійська теорія договору в модернізованому вигляді застосовується і в США, однак тут до неї додається, як обов'язковий елемент поняття угоди, погодження волі кількох (двох) сторін. У правовій доктрині США єдиного поняття договору немає, часом його тлумачення суттєво відрізняються. Зокрема, договором вважається обіцянка (кілька обіцянок), за порушення якої закон передбачає санкції чи виконання якої закон визнає обов'язковим. За американською теорією без обіцянки немає і не може бути договору; взаємні дії без обміну обіцянками не є договором. Обіцянкою є прийняття на себе обов'язку вчинити певні дії чи утриматися від вчинення певних дій у майбутньому. Сутність договору полягає в тому, що обіцянка однієї сторони спонукає іншу сторону надати зустрічну обіцянку. Реальний обмін товарів за гроші, наприклад, не є договором у його повному розумінні, оскільки в ньому немає обіцянки. А відповідні статті Єдиного торгового кодексу США розрізняють реальні відносини купівлі-продажу та консенсуальний договір купівлі-продажу.

Договір розглядається тут також як зобов'язання двох або більше сторін, яке визнається законом як обов'язкове через застосування санкцій у випадку його порушення. У Єдиному торговому кодексі США закріплено легальне визначення договору як правового зобов'язання, що впливає з угоди сторін. Відповідні легальні тлумачення договору закріплено і в цивільних кодексах тих штатів, у яких вони існують.

Класифікація договорів у зарубіжних цивільно-правових системах здійснюється за різноманітними підставами; кожна класифікаційна схема дозволяє виявити ті чи інші властивості та практичні особливості договору.

У країнах континентального права законодавство й доктрина розрізняє насамперед договори односторонні, в яких одна сторона зобов'язується перед іншою вчинити на її користь певні дії без виникнення зустрічного обов'язку іншої сторони, і двосторонні (синалагматичні), у яких сторони взаємно зобов'язуються вчинити певні дії на користь одна одної, тобто кожна з них має і права, і обов'язки. До односторонніх належать, зокрема, договори дарування, позики. Двосторонніми є більшість договорів: купівлі-продажу, поставки, підряду, майнового найму, перевезення тощо.

В юридичній літературі двосторонні договори поділяють на синалагматичні (права й обов'язки сторін приблизно рівноцінні) і неповні двосторонні (права й обов'язки сторін не врівноважені або можуть виникати за певних обставин) .

Оплачуваними є договори, у яких між сторонами відбувається обмін еквівалентними цінностями, що можуть бути виражені в грошах, зафіксовані в правах тощо, а безоплатними — у яких боржник нічого не одержує в обмін на своє зобов'язання. У торгових відносинах презюмується оплатність договорів; безоплатні договори поширені в суто цивільних відносинах.

Оплачувані договори, у свою чергу, поділяються на мінові (комутативні), в яких вигоди чи збитки, що їх можуть зазнати сторони, можуть бути оцінені в момент укладення договору, та ризикові (алеаторні), які містять умову, що робить неможливим точне обрахування в момент укладання договору вигоди і можливих збитків у разі виконання договору (договір страхування, договір купівлі-продажу будинку на умовах довічного утримання продавця, договори, пов'язані з азартними іграми та парі).

Консенсуальні — це договори, які є укладеними з моменту досягнення сторонами згоди щодо всіх істотних умов у передбаченій законом формі (більшість договорів), а реальними є договори, для укладення яких, окрім досягнення згоди, необхідно передати кредиторів визначену річ (договори позики, схову тощо).

Континентальна правова доктрина виокремлює договори з одноразовим виконанням, що передбачають виконання обов'язку шляхом здійснення однієї дії протягом короткого проміжку часу, і з тривалим виконанням, за яких один або декілька обов'язків реалізуються протягом тривалого періоду.

Договори можуть укладатися на користь сторін договору, які мають права й обов'язки, одержують вигоди і несуть збитки за договором, або на користь третіх осіб, які набувають за договором права вимагати від боржника виконання зобов'язання, але не несуть обов'язків.

Німецьке право, поряд з цим, виділяє серед цивільно-правових договорів зобов'язальні, речові, шлюбно-сімейні та спадкові, а також за змістом зобов'язань поділяє їх на договори про остаточну передачу майнових благ (купівля-продаж, дарування), про надання в користування (найм, оренда, лізинг), про діяльність (трудовий, підряд, туристичний), про об'єднання суб'єктів (спільну діяльність) та ін.

У праві Англії та США розроблена дещо інша класифікація договорів . Насамперед їх поділяють на формальні та прості. Формальні договори ще називають договорами «за печаткою» (contracts by deed). Ця форма договору склалася історично: такий договір оформлявся на пергаменті в кількості примірників відповідно до числа сторін, підписувався кожним учасником і опечатувався гербовими сургучевими печатками та урочисто вручався сторонам. Нині підписи на такому договорі скріплюються маркою або символічним зображенням (малюнком, кресленням і т.ін.). Оскільки такі договори оформляються за такою складною процедурою, їхній зміст не піддається сумніву; вони можуть оспорюватися тільки через недоліки у формі

укладення. Для таких договорів надання зустрічної винагороди не є необхідною умовою їх укладення. У вигляді документа «за печаткою» найчастіше оформляються односторонні зобов'язання, угоди з нерухомістю.

Прості договори (неформальні) укладаються як в усній, так і в письмовій формі за звичайною процедурою; обов'язковою умовою в них є зустрічне надання (зустрічна винагорода).

Поряд з формальними та простими англо-американське право виділяє договори за рішенням суду (contracts of record), за яких зобов'язання вчинити певні дії покладається на учасників судовим рішенням. В юридичній науці такий вид договорів вважається дискусійним, оскільки зобов'язання виникають у результаті набуття законної сили рішенням суду й сторона визнає свій обов'язок у судовому засіданні.

Виконані договори (executed contracts) — це договори, в яких принаймні одна зі сторін хоча б частково виконала свої обов'язки, а договори, що підлягають виконанню (executory contracts), — це такі, в яких сторони ще не приступили до виконання своїх зобов'язань.

Прямо (явно) виражені — це договори, укладені в словесній формі, у змісті яких чітко й недвозначно відображені наміри сторін. Договори, які підрозуміваються (у тому числі квазідогово-

ри) — це такі договори, в яких наміри сторін не відображено або не чітко відображено, або існування й умови яких впливають з відповідної поведінки сторін.

Сучасна англо-американська правова доктрина, окрім наведеної, проводить класифікацію договорів і за аналогією до континентального права та виділяє ще такі їх види: односторонні та двосторонні (за розподілом прав і обов'язків), двосторонні та багатосторонні (за кількістю учасників), реальні та консенсуальні, усні та письмові, подільні та неподільні (за подільністю чи неподільністю предмета договору), основні та додаткові (допоміжні), вільні та обов'язкові, змішані та однорідні, взаємно розроблені та договори приєднання, попередні та основні, на користь третьої особи та на користь сторін договору та ін.

Американське право визнає як окремий вид дискреційні договори, в яких offerent не може відкликати свою offerту й addressee offerти має право прийняти її в будь-який час протягом визначеного терміну або поступитися своїми правами іншій особі.

8.2. Зміст договору в романо-германській

та англо-американській цивільно-правових системах

В усіх правових системах договір є формою зобов'язальних відносин і, відповідно, як правовідношення, має структуру, яка включає суб'єктів, об'єкт (предмет) і зміст. Суб'єктами договору є його учасники, що виступають у ролі кредитора і боржника. Це можуть бути як юридичні особи чи інші утворення, так і фізичні особи, які наділені відповідним обсягом дієздатності.

Поняття об'єкта договору в правовій доктрині зарубіжних країн розглядається досить рідко, переважно, ідеться про предмет договору — речі чи послуги, які передаються чи виконуються. Щодо змісту договору, то він розглядається в зарубіжному праві, на відміну від вітчизняного, як сукупність дій, які боржник зобов'язаний виконати на користь кредитора, іншими словами це сукупність обов'язків сторін договору.

За зарубіжним законодавством, практикою та доктриною на учасника зобов'язання може покладатися і обов'язок утриматися від певних дій, у такому разі змістом договору буде утримання від певних дій. Зміст договору відображається в його умовах, які погоджені сторонами.

У країнах континентального права умови договорів регулюються нормами кодексів (ФЦК, НЦК), спеціальних законів (зокрема, Закон ФРН «Про регулювання права загальних умов угод»), звичаями та волею сторін договору. Усі умови договорів поділяються на істотні, звичайні й випадкові за аналогією до вітчизняного права.

Істотними умовами є такі, без яких неможливе існування договору. Наприклад, у договорі майнового найму обов'язково повинна бути вказана річ, яка передається в користування. У більшості договорів це умови про предмет і ціну. Істотними умовами договору визнаються його умови, які визначені у законі, що регулює даний вид договору, або на основі домовленості між сторонами, або є такими внаслідок правил торгівельного (ділового) обороту.

Звичайними умовами є такі, котрі не можуть бути кваліфіковані як істотні, однак зміст яких відповідає диспозитивній нормі закону. За відсутності відповідної умови в договорі спірні відносини між сторонами регулюються відповідно до диспозитивних норм. Це умови, які передбачені нормами закону й унаслідок цього застосовуються сторонами, якщо не замінені випадковими умовами.

Випадкові — такі умови, які погоджені сторонами і при цьому або зовсім не передбачені законом (звичаєм), або врегульовані диспозитивною нормою закону інакше, аніж положеннями договору.

Німецький Закон про регулювання права загальних умов угод закріплює поняття так званих примірних (типових) умов догово-

ру — заздалегідь сформульованих умов договору, які призначаються для великої кількості договорів і які одна сторона (користувач) пропонує іншій стороні (клієнту) при укладенні договору. Самі по собі такі примірні умови не мають нормативного характеру; вони стають чинними тільки з моменту укладення конкретного договору. Вони мають ефект раціоналізації, типізації масових договорів; сприяють спеціальному регулюванню в тих галузях, які взагалі не розглядаються законодавцем або регулюються недостатньо, сприяють зменшенню ризиків у договірних відносинах. Незалежно від цього згідно з положеннями згаданого Закону індивідуальні домовленості сторін мають пріоритет над типовими умовами, незалежно від того, коли саме вони були досягнуті та в якій формі, збігаються вони з типовими умовами чи суперечать їм. У такому разі примірні умови будуть застосовуватися лише до тих частин договору, щодо яких немає індивідуальних

домовленостей.

В англо-американському праві умови договору поділяються на головні або істотні (conditions) і другорядні або прості (warranties). Головними вважаються умови, порушення яких дає кредитору право пред'явити позов про розірвання договору та відшкодування збитків. Простими є умови, невиконання яких дає кредитору право на пред'явлення позову тільки про відшкодування збитків.

Англійською судовою практикою та доктриною розроблена концепція явних умов (expressed conditions) договору та умов, які припускаються (implied conditions). Явні умови чітко і ясно сформульовані в договорі, а умови, які підрозуміваються, в змісті договору не відображені, однак їх наявність припускається в договорі даного виду на основі практики, що склалася (таке правило є звичним для відносин даного виду і не може суперечити волі сторін і змісту відносин).

8.3. Умови дійсності та законні підстави

договору в континентальному

та англо-американському праві

Умовами дійсності договору є ряд передбачених законом (прецедентним правом) умов, яким повинен відповідати договір для того, щоб він викликав належні правові наслідки, яких прагнуть його учасники. Законодавство та судова практика зарубіжних країн по-різному визначає умови, яким повинні відповідати договори. Однак за своїм змістом ці вимоги збігаються і в узагальненому вигляді є схожими до тих, що існують у вітчизняній правовій системі.

По-перше, учасники договору повинні бути наділені певним обсягом дієздатності чи бути здатними до вчинення правових актів (активно-правоздатними) та знаходитися в здоровому глузді (англо-американське право). Юридичні особи можуть укладати угоди в межах своєї правоздатності, яка формально в більшості країн є спеціальною, однак її порушення, як вже зазначалося, не завжди призводить до недійсності угоди. Фізичні особи вправі укладати будь-які договори з досягненням повноліття. Окремі договори можуть укладатися неповнолітніми, що мають часткову дієздатність, яка виникає з досягненням певного віку (7 років у ФРН, 15 років у Франції); ще деякі — можуть укладатися неповнолітніми, але стануть дійсними в разі підтвердження їх цими особами після досягнення повноліття. В англо-американському праві будуть вважатися дійсними договори, укладені неповнолітніми, що проживають без батьків та опікунів, або якщо вони пов'язані з придбанням предметів особистого вжитку, розпорядженням створеними ними творами літератури, мистецтва, або договори на виконання музичних творів (усіх жанрів), ролей у кіно, театрі, цирку, договори на виступ у професійній команді чи в комерційних турнірах, якщо ці договори схвалено судом. Договори, укладені особами, що обмежені в дієздатності, не є дійсними, за винятком випадків, коли вони приносять їм тільки вигоду.

Особа, що укладає договір, повинна реально існувати та бути індивідуалізованою в цивільному (торговому) обороті.

По-друге, зміст договору повинен відповідати нормам права, не може суперечити об'єктивному праву, нормам закону (за винятком диспозитивних норм), судової практики, прецедентного права та публічному порядку. Остання вимога закріплена в статтях ФЦК та НЦК і означає, що договір за своїм змістом повинен узгоджуватися з нормами права й суспільної моралі, культурою відносин та іншими загальноприйнятими в даному суспільстві правилами поведінки. У праві Англії та США як аналогічний критерій застосовується законність предмета договору.

Будь-який договір за змістом має відповідати також критерію «добročинності», який, разом з тим, не одержав єдиного тлумачення в законодавстві чи судовій практиці зазначених країн.

По-третє, для укладення договору потрібна згода сторін, яка повинна бути виражена сторонами безпосередньо одна одній, або їхнім представникам чи іншим уповноваженим на те сторонами особам. Обов'язковим елементом згоди є її вільне виявлення, досягнення її в результаті добровільних переговорів. Тобто ця згода дається добровільно, не під впливом третьої особи або контрагент-та. Воля учасників на укладення договору має бути справжньою та адекватно вираженою зовні. Тобто зовнішня поведінка учасника під час укладення угоди має відповідати його внутрішній волі, бажанню. Цю вимогу закріплено безпосередньо в нормах ФЦК (ст. 1109) і НЦК (пар. 119—124), судовій практиці Англії та США, а також в англійському Законі про введення в оману (1967 р.). Якщо договір укладається внаслідок застосування насильства, реальної протиправної погрози насильством, введення в оману однієї сторони іншою, помилки щодо істотних фактів чи обставин, або на невігідних для однієї зі сторін умовах з використанням тяжких для неї обставин чи зі зловживанням впливу на неї, то такий договір може бути оспорено в суді та визнано недійсним.

По-четверте, договір має укладатися в певній формі, яка дозволена законом або встановлена як обов'язкова для даного виду договору. Праву зарубіжних країн відомі різні форми укладення договору: конклюдентні дії, усна форма, письмова проста, письмова нотаріальна. У деяких випадках як форма волевиявлення (згода) на укладення договору може розцінюватися мовчання.

В англо-американському праві існують також вже згадані вище договори «за печаткою» і договори «за рішенням суду», що укладаються в особливій формі, яка є єдиною умовою їх дієвості.

Письмова форма є обов'язковою тоді, коли вона передбачена законом. Як правило, вона вимагається в договорах на певну суму, наприклад 500 франків (Франція, ст. 1341 ФЦК), 500 доларів (США, ст. 2-211 ЕТК), або залежить від строку дії договору, або встановлюється для певних видів договорів (неустойка, застава, порука та ін.).

В Англії та США (практично в усіх штатах) діє Британський статут проти шахрайства (1677 р.), який визначає види договорів, що мають бути укладені у письмовій формі, недотримання якої спричиняє недійсність такого договору. Хоча в деталях положення про шахрайські дії в різних штатах не збігаються, усе ж таки можна

виділити кілька загальних груп договорів, для яких нормами законодавства більшості штатів передбачена письмова форма: договори, що забезпечують зобов'язання; договори, предметом яких є угоди з землею та іншою нерухомістю; договори на строк понад один рік, договір на продаж товарів.

Порушення обов'язкової письмової форми договору може призводити до різних наслідків: до недійсності договору, якщо це передбачено законом для даного виду договору, або до втрати сторонами права посилалися на показання свідків для доведення факту існування договору. Останнє правило не застосовується до торгових (підприємницьких) договорів та у випадках, якщо хоча б одна зі сторін вже виконала зобов'язання повністю або частково.

Ускладнена письмова форма — письмова нотаріальна — вимагає оформлення договору у вигляді письмового документу із вчиненням на ньому посвідчувального напису нотаріуса. Як правило, укладання договору в нотаріальній формі супроводжується державною реєстрацією такого договору у відповідних книгах (поземельних, іпотечних), реєстрах тощо. Вона передбачена в праві зарубіжних країн для угод з нерухомістю, а також морськими й річковими суднами, літаками, автомобілями, для ліцензійних договорів на передачу виключних прав. Порушення її призводить до недійсності договорів.

Названі елементи, зазвичай, є обов'язковими в усіх правових системах, однак ними не вичерпується перелік умов дійсності договору, оскільки в зарубіжному праві існує поняття законної підстави договору. У континентальному праві такою підставою є правова мета договору, або кауза (causa — лат.). Каузою є найближча юридична причина, через яку сторони беруть на себе обов'язки виконання певних дій за договором, іншими словами — безпосередній привід, задля якого сторони здійснюють відповідні юридичні дії (causa contrahendi): передачу речі (causa traditionibus), сплату грошей за вимогою (causa cedendi) тощо.

Мету договору не слід ототожнювати з мотивом, який також визначає ціль договору, однак не впливає на його дійсність. Мотив завжди суб'єктивний; він є індивідуальним для кожного окремого договору й відображає справжні потреби (бажання) учасників договірних зобов'язань, для задоволення яких кожна сторона вступила у відповідні відносини. На противагу цьому кауза — це поняття об'єктивне, вона є однаковою для всіх договорів одного виду. Вважається, що в безоплатних договорах каузою є створення в контрагента майнового права без компенсації (дарування), в оплатних односторонніх — як правило, повернення одержаного від кредитора (позика, схов), в оплатних двосторонніх — одержання (створення) майнового блага натомість певного надання (компенсації, послуги) .

Незалежно від того, що вчення про каузу як підставу договору добре розвинене в континентальному праві, його значення дещо відрізняється в романській і в германській підсистемах. За доктриною та законодавством Франції підстава договору як зобов'язання не повинна суперечити закону, вимогам доброчинності й публічному порядку, не може бути оманною; згода взяти на себе зобов'язання має бути обґрунтованою, тобто каузальною; отже, кауза є істотною умовою дійсності

договору. Німецьке право розглядає договірні зобов'язання, насамперед, як каузальні, однак не завжди відносить каузу до умов дійсності договору. При цьому в усіх країнах романо-германської цивільно-правової системи допускається існування й абстрактних угод, дійсність яких не залежить від каузи.

В англо-американській правовій системі розглянуті вище умо-ви дійсності договору формулюються в трьох обов'язкових еле-ментах: угода сторін (сторони, здатні до вчинення правових ак-тів, погоджують усі істотні умови в належній формі), зустрічне надання (винагорода) і намір сторін створити адекватні правові наслідки.

За англійським правом намір створити правові наслідки є не-залежним і самостійним елементом договору; відповідно він по-требує окремого доведення, особливо в сімейних і побутових угодах. У торгових (комерційних) договорах цей елемент презюмується, а тягар доведення його відсутності покладається на сторону, яка заперечує його наявність. За американською доктриною спрямованість на досягнення правових наслідків не є незалежним елементом договору. Вона безпосередньо пов'язана з угодою сто-рін і зустрічним наданням, від яких не може бути відділена.

У праві Англії та США кауза не є підставою договору. Проте, одним з його елементів та його законною підставою є достатнє й законне зустрічне надання (зустрічна винагорода). Воно є обов'язковою умовою дійсності договору (за винятком договорів «за печаткою»), без якої договори не вважаються дійсними, не користуються позовним захистом і не можуть бути реалізовані в примусовому порядку.

Теорія зустрічного надання ґрунтується на розумінні догово-ру як узгодженого обміну обіцянками, кожна з яких має обов'яз-ковий характер. Такий обмін обіцянками є угодою, яка включає три елементи: оферту, акцепт і зустрічне надання. Без останнього не може бути договору. Голослівна обіцянка без зустрічної винагороди не породжує договору.

Вважається, що сенс зустрічного надання (винагороди) поля-гає в тому, щоб суди могли відрізнити обіцянки, які мають зо-бов'язальну силу, від обіцянок, що не мають правових наслідків . Умовно можна сказати, що зустрічна винагорода є своєрідним «збитком», обмеженням для однієї сторони, на яке вона погоджується в обмін на зобов'язання іншої сторони за договором. Кредитор зазнає «збитків», а боржник одержує немов би прибуток за обіцянку виконати договірне зобов'язання. Зустрічне надання виражається або у формі юридичної вигоди оферента, або у формі юридичних «збитків» акцептанта .

Ані норми законодавства, ані норми загального права не рег-ламентують розмір достатньої зустрічної винагороди. Проблему її адекватності сторони вирішують самостійно, і якщо вони дій-дуть згоди, що у запропонованому обсязі вона є достатньою, то договір вважається дійсним.

Адекватність зустрічної винагороди не вимагає, щоб ці «збит-ки» кредитора були пов'язані для нього з майновими втратами; вона не залежить від їх розміру. Така винагорода має місце, якщо кредитор несе певні юридичні «збитки», тобто він

робить те, чого не зобов'язаний робити чи утримується від дій, на які має право. Ці юридичні «збитки» кредитора спонукають боржника вчинити зустрічну обіцянку; кредитор, зі свого боку, освідомлений про обіцянку боржника й має намір її прийняти. Адекватність не означає, що узгоджений обмін має бути еквівалентним; навіть не зовсім справедливе зустрічне надання буде юридично достатнім, якщо воно реальне, а не мнимо чи удаване, виходить від кредитора, а не від третіх осіб, стосується майбутніх, а не минулих дій, і є предметом домовленості між сторонами.

Зміст зустрічного надання (винагороди) не повинен порушувати норм чинного законодавства, має відповідати правовим принципам і духу закону, не може суперечити правилам добросовісності та публічному порядку даної держави.

В американському договірному праві, поряд з цим, існує поняття «promissory estoppel» — позбавлення права заперечувати обов'язок виконання, оскільки надана обіцянка. Це правило вироблене судовою практикою, яка передбачає, що обіцянка має бути виконана хоча б частково незалежно від зустрічного надання, якщо вона «обтяжує» кредитора. Тобто, якщо обіцянка боржника була чіткою та зрозумілою, кредитор розумно сподівався, що боржник виконає зобов'язання, а боржник передбачав чи повинен був передбачити довіру кредитора, кредитор, діючи на підставі довіри, зазнав істотних збитків. Застосовується судовою практикою для примусового виконання обіцянок, наданих у процесі переддоговірних переговорів, або тих, які є частиною недійсних договорів і деяких інших.

8.4. Порядок укладення договору.

Оферта й акцепт у цивільному праві
зарубіжних країн

Договір як зобов'язальне правовідношення виникає внаслідок погоджених дій кількох сторін, що зумовлює певну процедуру його вчинення, яка в усіх правових системах охоплює кілька стадій. Початком договірного процесу є ініціатива однієї зі сторін у вигляді пропозиції іншій стороні (сторонам) укласти відповідну угоду. Якщо така пропозиція адресована конкретним особам і містить усю необхідну для укладання конкретного договору інформацію (істотні умови) та справжній намір сторони укласти договір, то вона вважається офертою і є першою стадією в процедурі укладання договору.

Сторона, від якої виходить оферта (оферент), з моменту її подання стає зобов'язаною виконати все, що було в ній обіцяне, і до закінчення певного строку не може відмовитися від зробленої пропозиції.

В усіх правових системах закріплено аналогічні вимоги до оферти: вона має містити щонайменше істотні (основні) умови договору, її зміст має бути чітким і зрозумілим; вона має бути зроблена з наміром укласти договір. Без цього пропозиція не може вважатися офертою. У деяких країнах пропозиція, яка містить умови договору, однак подається без наміру укласти конкретну угоду, розглядається як виклик оферти. За загальним правилом різноманітні матеріали інформаційного характеру: прейскуранти, прайс-листи тощо не визнаються офертою.

Дещо різні підходи вироблені в зарубіжних країнах щодо юридичної оцінки публічного оголошення умов (предмету) дого-вору: виставлення товару із зазначенням ціни, вивішування прей-скурантів тощо. Право ФРН кваліфікує такі дії, як виклик оферти, якою відповідно буде визнаватися пропозиція покупця придбати товар. Аналогічно вирішується це питання в англо-американській правовій системі. У Французькому праві такі дії вважаються так званою публічною офертою.

В усіх зарубіжних країнах існує поняття строку дії оферти, тобто строку протягом якого offerent зобов'язаний зробленою в ній пропозицією. Оферта закінчується у строки, зазначені в ній самій, або в розумні терміни.

За законодавством Німеччини offerent може відкликати свою пропозицію тільки до того моменту, поки адресат не одержав оферту, або ж якщо відкликання надійде одночасно з офертою.

У французькому праві offerent вважається пов'язаним лише в тому разі, коли в пропозиції зазначений строк для акцепту. Наяв-ність такого строку, а отже, й безвідкличність оферти, припуска-ється в усіх торгових (комерційних) угодах.

В англо-американській правовій системі закріплено принцип, за яким offerent в змозі відкликати свою пропозицію в будь-який момент до акцепту, якщо тільки він не зазначив у оферті строк, до якого він буде очікувати відповіді. Оферта не може бути від-кликана також у разі, якщо: вона оформлена у вигляді документа «за печаткою», законодавство прямо забороняє відкликання офе-р-ти для даного виду правовідносин, адресат оферти вже розпочав виконання договору, є достатнє зустрічне надання, через довіру адресата щодо обіцянки не відкликати оферту виникають збитки.

Другою стадією укладення договору є відповідь на пропози-цію зі згодою укласти договір — акцепт. За загальним правилом акцепт повинен бути безумовним, тобто містити згоду особи, яка його надсилає (акцептанта), на укладення договору на запропо-нованих offerentом умовах. Відповідь, яка містить якісь зміни чи доповнення до висловлених в оферті умов, вважається новою офертою (контрофертою). Найбільш чітко цей принцип закріп-лено в законодавстві Німеччини (НЦК). В інших країнах він, пе-реважно, відображається в судовій практиці.

В англо-американській системі це правило не є безперечним. За англійським загальним правом акцепт повинен бути безумов-ним. У сучасному американському праві (ЄТК США) акцепт, який пропонує доповнення чи зміни до умов оферти, вважається акцептом, якщо акцептант не вважає згоду offerenta на ці допов-нення умовою дійсності його акцепту.

Момент укладення договору в праві зарубіжних країн визна-чається моментом одержання акцепту offerentом (романо-германське право) або моментом відправлення акцепту акцептан-том (англо-американське право — в разі надсилання відповіді поштою або телеграфом).

Оферта та акцепт притаманні всім видам договорів незалежно від способу їх укладення та оформлення. Вони можуть бути як усними, так і письмовими, а в

деяких випадках виражатися в конклюдентних діях; можуть відбуватися як безперервний короткочасний (одномоментний) процес або бути віддаленими одне від одного у часі, однак є обов'язковими для будь-яких договірних відносин.

ГЛАВА 9

СПАДКОВЕ ПРАВО В ЗАРУБІЖНИХ

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ

Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. — К., 1999. — С. 419—428; Богатых Е. Гражданское и торговое право (от древнеримского к современному российскому). — М., 2000. — С. 286—298; Гражданское право: Учебник / Под. ред А. П. Сергеева, Ю.К. Толстого. — М., 1997. — Ч. 1. — С. 58—75; Гражданское и торговое право капиталистических государств. — М., 1993. — С. 532—547; Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. — М., 2001. — С. 428—430; Загайнова С. К. Судебный прецедент: Проблемы правоприменения. — М., 2002. — С. 1—12; Канзафарова И. С. Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебн. пособ. — Харьков, 2003. — С. 14—77, 102—136; Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование. — М., 1999. — С. 485—570; Цивільне право України. / За ред. Дзери О.В., Кузнєцової Н. С. — К.: Юрінком Інтер, 2002. — Кн. 1. —

С. 51—77; Юридическая энциклопедия./ Под общ. ред.

Б. Н. Топорнина. — М., 2001. — С. 312—313, 592—596; Burgerliches Gesetzbuch/ Zivilrecht: Wirtschaftrecht; Stud—Yur — Nomos — Textausgaben. — 1. Aufl. — Baden — Baden: Nomos — Verl. — Ges., 1992. — S. 339—412.

9.1. Поняття й загальні положення спадкового

права зарубіжних країн (континентальної та англо-американської правових систем)

В усіх зарубіжних правових системах спадкове право (Erbrecht, droit successoral, law of succession) є сукупністю норм, що регулюють відносини, пов'язані з переходом прав і обов'язків померлого до інших осіб, і становить окремий правовий інститут. Він є одним з найбільш консервативних і стабільних інститутів цивільного права, який відображає особливості національного менталітету, традицій і усталених принципів приватного права.

Цей правовий інститут формувався під значним впливом римського приватного права, відголоси якого зберігаються, зокрема, і в сучасному праві зарубіжних країн не лише романо-германської правової сім'ї. Насамперед це стосується поділу способів спадкування (за заповітом та за законом), свободи заповіту, встановлення порядку закликання до спадкування спадкоємців за законом і т.ін. Істотне значення для формування спадкового права зарубіжних країн мала церква та релігійні канони щодо сімейних і родинних відносин.

У країнах континентальної правової системи правове регулювання відносин

спадкування здійснюється насамперед на законодавчому рівні. У Німеччині основним нормативно-правовим актом, який регулює спадкові правовідносини, є НЦК; книга п'ята цього кредиту «Спадкове право» повністю присвячена цим питанням.

У Франції питання спадкування регулюються нормами ФЦК: титулу першого «Про спадкування» і титулу другого «Про прижиттєві дарування та заповіти» книги третьої «Про способи набуття права власності».

В Англії основними джерелами є прецедентне право та закони: про заповіти (1837 р.), про адміністрування спадщини (1925 р.), про спадщину осіб, що не залишили заповіту (1952 р.), про спадкування (1975 р.) та ін.

У США проблеми спадкування вирішуються законодавством окремих штатів, а також прецедентним правом. У тих штатах,

у яких діють цивільні кодекси, спадкове право регулюється нормами кодексів. Єдиний (типовий) закон про спадкування прийнятий в небагатьох штатах США, що є природним з огляду на особливості цього інституту, який досить складно уніфікувати.

В усіх країнах значну роль у регулюванні спадкових відносин відіграє судова практика, яка заповнює прогалини законодавчої регламентації та вирішує низку інших проблем.

Разом з тим, слід відмітити, що і в розвитку цього правового інституту можна виявити певні загальні для всіх країн тенденції, які з'явилися внаслідок реформ 60—70-х років XX століття. Зокрема, врівноваження статусу у спадкових відносинах шлюбних, позашлюбних і усиновлених дітей, розширення спадкових прав чоловіка й дружини, вирівнювання положення спадкоємців за законом та ін.

Як вже зазначалося, спадкове право є своєрідним правовим інститутом, і в правовій системі кожної країни воно має свої особливості та є унікальним. Разом з тим, спільність предмету спадкування (майнові права й обов'язки спадкодавця) обумовлює і єдині вимоги до правового регулювання. Відповідно в усіх країнах є положення, які мають спільні риси або аналогічно врегульовують відповідні відносини.

Спільними для всіх країн є, зокрема, поняття:

Спадкування — перехід прав і обов'язків померлого до його спадкоємців;

Спадкодавець — особа, що померла і чиє майно та майнові права переходять до інших осіб;

Спадкоємець — особа, до якої переходять права (та обов'язки) спадкодавця;

Спадкове майно (спадкова маса) — сукупність прав і обов'язків, які належали спадкодавцю на момент смерті; з них виключаються в Англії «родові права», а в США — «власність роду»; у континентальному праві спадкоємцям передається все спадкове майно, а в англо-американському — «звільнене» від боргів;

Підстави відкриття спадщини — фізична смерть спадкодавця, у деяких країнах —

визнання його померлим (Німеччина) або безвісно відсутнім (Франція);

Час відкриття спадщини — момент фізичної смерті або дата судового рішення про визнання померлим чи безвісно відсутнім;

Місце відкриття спадщини — останнє місце проживання спадкодавця або місцезнаходження основної частини його майна;

Спадкове правонаступництво — прийняття спадкоємцем прав і обов'язків спадкодавця в межах обсягу спадкового майна (універсальне) або якого-небудь одного права чи групи прав і/або обов'язків (приватне або сингулярне);

Заповідальний відказ — покладення на спадкоємця за заповітом обов'язку виконувати певні дії (сплачувати гроші, надавати можливість користування певним майном тощо) на користь однієї чи кількох осіб.

Право всіх країн встановлює два способи спадкування: за заповітом і за законом. При цьому забезпечується поєднання принципів волі заповіту та охорони інтересів родини спадкодавця. Принцип волі заповіту дозволяє власнику на власний розсуд визначати юридичну долю свого майна після смерті. Його воля певною мірою обмежується на користь найближчих для спадкодавця осіб — членів його родини, для яких резервується певна частина цього майна.

Спадкування за заповітом відіграє провідну роль, оскільки надає можливість власнику на свій розсуд розпорядитися майном на випадок смерті. Спадкування за законом має субсидіарне значення, оскільки застосовується в разі відсутності юридично дійсного заповіту або коли він охоплює лише частину спадкового майна.

Та все ж, спадкове право кожної окремо взятої країни, а також континентальної та англо-американської правових систем взагалі, має ряд принципових відмінностей. Насамперед у країнах континентального права спадкування розглядається як універсальне правонаступництво, унаслідок чого права й обов'язки померлого переходять безпосередньо до спадкоємців. А в Англії та США майно спадкодавця спочатку переходить на праві довірчої власності до так званого особистого представника спадкодавця, який передає спадкоємцям лише те майно, яке залишилося після розрахунків із кредиторами.

По-різному вирішуються в цих правових системах і питання спадкування чоловіка чи дружини, що пережили іншого з подружжя: в американському праві їм надається перевага, тоді як у праві ФРН, Франції та Англії пріоритет мають члени родини спадкодавця. Відрізняються підходи до обмеження свободи заповіту, встановлення переліку законних спадкоємців, процедури прийняття спадщини та ін.

9.2. Спадкування за заповітом

у цивільному праві зарубіжних країн

Спадкування за заповітом у всіх країнах відіграє провідну роль, оскільки надає можливість власнику розпорядитися своїм майном на випадок смерті на власний розсуд. Безумовно, у такий спосіб спадкування відбувається, якщо відповідний

документ (заповіт — testament, Testament, will) було складено спадкодавцем за його життя. **Заповітом є виражене у встановленій законом формі волевиявлення спадкодавця**, яке визначає юридичну долю його майна на випадок його смерті.

Заповіт є односторонньою угодою та повинен відповідати певним вимогам, які забезпечують його дійсність. Ці вимоги мають свої особливості в окремих країнах.

Законодавство та судова практика зарубіжних країн допускають різні форми заповіту: письмова, зокрема власноручна письмова, публічна, таємна (закрита), усна (у присутності свідків).

За загальним правилом, заповіт може укладатися лише повнолітніми та повністю дієздатними особами, хоча з цього правила існують і винятки. Заповіт має бути результатом вільного волевиявлення спадкодавця, інакше буде визнаний недійсним як будь-яка угода з пороками волі.

Зміст заповіту повинен бути чітким і зрозумілим, не повинен суперечити закону; має чітко визначати спадкоємців, розподіл між ними майна, особисті розпорядження спадкодавця майнового чи немайнового характеру та ін. Заповідач у першу чергу фіксує в заповіті розпорядження майнового характеру, однак він може містити й інші за характером положення (визнання позашлюбної дитини, призначення дитині опікуна, призначення виконавця заповіту тощо).

В усіх країнах, як вже зазначалося, встановлено **принцип свободи заповіту**, який означає, що власник вільний у визначенні долі свого майна на випадок смерті: яким особам яка частка його майна чи майнових прав передається. Разом з тим, у більшості країн цей принцип **обмежується на користь сім'ї спадкодавця**, за якою резервується відома частина його майна. Охорона інтересів родини спадкодавця також є одним із принципів спадкового права зарубіжних країн.

У деяких правових системах встановлюються обмеження щодо осіб, на користь яких укладається заповіт. Так, за **французьким спадковим правом не мають сили заповідальні розпорядження на користь лікарів, іншого медичного персоналу та аптекерів, пацієнтом яких заповідач був під час хвороби, що стала причиною його смерті, якщо ці заповідальні розпорядження були зроблені за час цієї ж хвороби, або вони складені на користь духовних наставників і сповідачів**. Це обмеження не стосується родичів до четвертого ступеня включно за умови, що у спадкодавця немає інших родичів по прямій лінії, а також сингулярних легатів, адекватних послугам, які вони надавали спадкодавцю, та його майновому стану.

У Німеччині порядок укладення заповіту та вимоги до нього встановлено нормами **НЦК. Заповіт може укласти особа, що досягла 16 років**. Недійсним буде заповіт укладений особою, яка внаслідок душевної хвороби не в змозі зрозуміти та оцінити значення розпоряджень, які в ньому містяться.

Заповіт має бути укладений тільки особисто спадкодавцем. Законодавство ФРН (пар.2232, 2247 НЦК) встановлює дві форми заповіту:

— **власноручний**, що передбачає письмове викладення волі спадкодавця, зроблене

ним власноручно із зазначенням дати й місця складання заповіту та підписане ним особисто; така форма не потребує офіційного посвідчення заповіту чи підтвердження його показаннями свідків;

— у формі публічного акту: складається нотаріусом на підставі усної чи письмової заяви спадкодавця. При цьому, якщо спадкодавець не в змозі прочитати складеного нотаріусом заповіту, то він має бути укладений у формі усної заяви заповідача; якщо останній не спроможний усно висловити свою волю, то заповіт може бути укладений тільки в письмовій формі. Неповнолітні особи (від 16 до 18 років) можуть складати заповіт лише у вигляді усної заяви чи передачі письмової заяви нотаріусу;

— спрощений: складання письмового документа чи усна заява спадкодавця в присутності трьох свідків, якщо особа знаходиться в місцевості, з якою внаслідок надзвичайних обставин перервано зв'язок, або на німецькому судні в дальньому плаванні. Спрощена форма допускається, якщо існує небезпека того, що заповідач помре раніше моменту нотаріального вчинення заповіту; його може посвідчити бургомістр за місцем знаходження заповідача в присутності двох свідків. Якщо протягом трьох місяців з моменту складання заповіту в спрощеній формі спадкодавець залишається живим, то такий заповіт втрачає силу.

Законодавство Німеччини допускає оформлення таємного заповіту, який складається заповідачем і передається на збереження нотаріусу в запечатаному вигляді, як правило, у присутності свідків.

У змісті заповіту визначається майно, яке буде передаватися в спадщину, та окреслюється коло осіб, які набувають право на отримання вказаного в заповіті майна.

Особи, що отримують майно за заповітом є спадкоємцями — універсальними правонаступниками, які переймають усі права та обов'язки спадкодавця.

Якщо в заповіті міститься заповідальний відказ (легат), то відказоодержувачі (легатарії) розглядаються як сингулярні правонаступники.

Спадкодавець може призначити в заповіті спадкоємцем будь-яку особу, незалежно від наявності родинних зв'язків з нею. Однак НЦК встановлює певні обмеження: передбачає право законних спадкоємців на певну обов'язкову частку, яку їм зобов'язані виплатити спадкоємці, зазначені в заповіті. Батьки та чоловік чи дружина, що пережили іншого з подружжя, незалежно від змісту заповіту в будь-якому разі мають право на отримання половини частки, яка б належала їм за законом (обов'язкова частина).

Відповідно до законодавства ФРН особи, які мають право на таку «обов'язкову частку» (Pflicht-teil), у випадку, якщо їхні інтереси не забезпечені в заповіті, можуть пред'явити вимоги до спадкоємців за заповітом про виплату їм грошового еквівалента відповідної частки. Розмір обов'язкової частки становить 1/2 того майна, що належало б їм у разі спадкування за законом (параграф 2303 НЦК).

Спадкодавець має право в будь-який час відмінити заповіт у цілому чи частково, для

чого він може внести до нього відповідні зміни, укласти новий заповіт або знищити старий. Нотаріально посвідчений заповіт у разі зміни волі спадкодавця, **має бути вилучено з установи, де він зберігається**. Право зарубіжних країн допускає скасування заповіту на підставі закону, яке здійснюється, як правило, у разі розірвання шлюбу, якщо заповіт було складено на користь чоловіка чи дружини.

За нормами **Французького цивільного кодексу (ст. 967)** заповітом визнається будь-який документ, зі змісту якого очевидна воля особи вчинити заповідальне розпорядження. Право скласти заповіт має особа, яка досягла повноліття або емансипована неповнолітня особа, що досягла 16 років. **Неемансиповані неповнолітні, що досягли 16 років, можуть скласти заповіт на 1/2 частину майна, яке належить їм на праві власності, і яким вони могли б розпорядитися, якби були повнолітніми.**

Якщо ж такий неповнолітній бере участь у воєнних діях, то на період цих дій він в змозі укласти заповіт на користь дружини (чоловіка) або своїх родичів до шостого ступеня включно нарівні з повнолітніми особами.

Французьке право допускає власноручний і нотаріально посвідчений заповіт. **Власноручний заповіт повністю виписується, датується та підписується рукою спадкодавця (ст. 970).** **Нотаріально посвідчений заповіт вчиняється двома нотаріусами або одним нотаріусом у присутності двох свідків.** Його текст записується (друкується) під диктовку спадкодавця, який обов'язково повинен перечитати його після складання. У змісті заповіту робиться спеціальний запис про дотримання всіх правил його вчинення (ст.971). Підписують заповіт усі присутні: спадкодавець, свідки та нотаріус.

Функції нотаріуса з посвідчення заповіту за певних життєвих обставин можуть виконувати спеціально визначені для кожного випадку особи: командири військових підрозділів, капітани суден, судді, посадові особи муніципалітетів та ін.

Таємний заповіт також відомий французькій правовій системі: спадкодавець передає його в закритому й запечатаному вигляді нотаріусу та двом свідкам, повідомляє, що зміст цього документа складає його заповіт, підписаний ним особисто та написаний власноручно чи механічним способом. Усе сказане заповідачем, а також дата й місце вчинення, опис конверта та печатки фіксується у відповідному нотаріальному акті, який вчиняється на конверті (чи самому документі).

На відміну від німецького французьке право не розмежовує спадкоємців і відказоодержувачів; усі називаються легатаріями. Заповідальні розпорядження (легати) у французькому праві можуть бути **універсальними, частковими та сингулярними**. За універсальним легатом заповідач передає спадкоємцям (легатаріям) усе майно, яке залишається після його смерті, за частковим — частину майна, якою він згідно з законом має право розпорядитися, за сингулярним — конкретну річ. **За змістом часткові чи сингулярні легати можуть бути аналогічними заповідальному відказу.** Усі легатарії відповідають за зобов'язаннями спадкодавця в межах одержаного в спадщину майна.

Інтереси найближчих родичів спадкодавця захищаються у французькому праві шляхом обмеження частки майна (вільна частка), якою спадкодавець може самостійно розпорядитися за час життя (*quotite disponible*) через продаж, дарування чи складання заповіту; **інша частина майна резервується (reserve) в інтересах родини.**

На долю дітей та інших низхідних родичів у будь-якому разі припадає (резервується) від 1/2 до 3/4 спадкового майна. Якщо немає низхідних, то **висхідні родичі прямої лінії отримують** від 1/4 до 1/2 частини майна. Якщо в спадкодавця на момент смерті була одна дитина, то резервується 1/2 майна, якщо дві дитини — 2/3, якщо три і більше дітей — 3/4 всього майна. Під дітьми розуміються також онуки й правнуки та інші прямі родичі, що спадкують за правом представлення.

Інтереси подружжя забезпечуються наданням їм узуфрукту на частину майна або довічної ренти.

Заповіт може бути скасовано чи змінено за ФЦК (ст. 1035) тільки шляхом складання нового заповіту або нотаріально посвідченим актом про зміну волі заповідача. Відміна заповідальних розпоряджень є дійсною й у тому разі, якщо новий заповіт виявиться нездійсненим. У разі розірвання шлюбу, заповіт, що був складений на користь чоловіка чи дружини, скасовується.

В Англії та США, як уже зазначалося, на відміну від країн континентального права майно спадкодавця переходить спочатку до його особистого представника, який розраховується з усіма кредиторами, тому спадкоємці не розглядаються як універсальні правонаступники. Не проводиться розмежування між спадкоємцями та відказоодержувачами (легатаріями). Спадкоємці, які одержують майно за заповітом, називаються *devisees*, якщо йдеться про реальне майно, і *legatees*, коли успадковується персональне майно. Однак практичне значення такого розподілу є мінімальним, оскільки в даний час діє єдиний порядок спадкування реального й персонального майна.

За англійським законодавством здатність вчиняти заповіт виникає лише з досягненням повноліття (18 років). Виняток зроблено для моряків у плаванні та військовослужбовців, які в змозі укласти заповіт з 14 років.

Право Англії на відміну від країн континентальної Європи передбачає лише одну основну форму заповіту, яку було встановлено ще в 1837 році. Він має бути вчинений у письмовій формі, підписаний заповідачем (чи за його вказівкою іншою особою) і засвідчений не менш, аніж двома свідками в його присутності. Заповіт може бути написаний власноручно чи за проханням заповідача іншою особою, чи надруковано машинописним способом, чи оформлено у вигляді криптограми або оформлено шляхом поєднання цих способів.

Військовослужбовці, які перебувають на дійсній службі, а також моряки в умовах дальнього плавання мають право укласти усні заповіти в присутності свідків або письмові заповіти без підписання чи посвідчення їх свідками. Однак, це єдиний виняток, який дозволяє відступати від загального правила.

Зміст заповіту залежить від волі особи, яка його укладає. Принцип свободи заповіту виражений в праві Англії більш чітко. У законодавстві й судовій практиці немає таких понять, як «резерв» чи «обов'язкова частка». На сьогодні дружина чи чоловік (у тому числі колишні, якщо вони не уклали нового шлюбу), які пережили іншого з подружжя (спадкодавця), неповнолітні й непрацездатні діти спадкодавця, у тому числі ще не народжені, а також утриманці та деякі інші особи, не пов'язані зі спадкодавцем кровною спорідненістю, мають право просити суд про призначення для них «розумного» утримання з маси спадкового майна, якщо їх інтереси не були забезпечені заповітом.

Скасування заповіту повністю або в певній частині може бути здійснене заповідачем у будь-який час на його розсуд через: складання нового заповіту, який прямо відміняє попередній або суперечить йому; відкликання заповіту; вилучення офіційно депонованого заповіту.

Скасування заповіту в силу закону в англійському праві має місце внаслідок розірвання шлюбу (щодо заповітів на користь чоловіка або дружини) та в разі укладення заповідачем нового шлюбу.

За законодавством штатів США право на укладення заповіту виникає з досягненням повноліття (18—21 років) і набуттям повної цивільної дієздатності. Деякі штати встановили більш ранній вік досягнення здатності до вчинення заповіту (Джорджія — з 14 років). Закони та судова практика вимагають, щоб заповідач був «компетентним», тобто розумів, що він робить, і визнають недійсними заповіти, складені недієздатними, душевнохворими особами, а також вчинені із застосуванням насильства, погрози, обману, помилки тощо.

Практично всі штати США перейняли основні риси англійської форми заповіту: письмової з посвідченням двома свідками. Форма заповіту, встановлена Цивільним кодексом Луїзіани, відповідає французькому зразку. Інші відмінності, що спостерігаються в законодавстві окремих штатів, не мають принципового характеру. Вони передбачають, наприклад, необхідність посвідчення заповіту не двома, а трьома свідками. Деякі штати допускають можливість складання власноручних заповітів.

Принцип свободи заповіту, безперечно, притаманний праву США. Разом з тим, допускається своєрідне обмеження — прийняття рішення «проти заповіту», яке встановлюється на користь чоловіка чи дружини, що пережили іншого з подружжя. Заповідач не може позбавити свого чоловіка (дружину) спадщини. Закони штатів, як правило, визнають за дружиною (та чоловіком) право одержати встановлену законом частину — 1/3 майна заповідача. Дружина чи чоловік мають право вибору спадкувати за законом, якщо положення заповіту ставлять їх у менш вигідне становище. Вони мають також право на одержання «розумного» утримання з майна спадкодавця, яке обмежується певним строком.

Скасування (відкликання) заповіту за правом США здійснюється аналогічно до порядку, встановленого в англійському праві.

Право зарубіжних країн відрізняє від заповітів договори про спадкування, сторонами яких є, з одного боку, спадкодавець, а з іншого — одна чи кілька осіб, що уповноважені на одержання певного майна спадкодавця після його смерті. Такий договір зобов'язує сторони вже з моменту його укладання і не може бути розірваним в односторонньому порядку.

9.3. Спадкування за законом

у різних цивільно-правових системах

Спадкування за законом у всіх названих країнах відбувається за умови, якщо немає заповіту або він визнаний недійсним, або особи, що названі в ньому як спадкоємці, відмовляються від спадщини. Закон встановлює перелік осіб, до яких переходить майно померлого у таких випадках. До них насамперед належать найближчі родичі спадкодавця, однак коло таких осіб і порядок закликання їх до спадкування в зазначених країнах неоднаковий.

Німецьке законодавство встановлює систему парантел. Парантелюю є група кровних родичів, утворена спільним пращуром і його низхідними. Спадкоємці розподіляються за парантелами таким чином:

перша парантела — усі низхідні спадкодавця (діти, внуки, правнуки чоловічої та жіночої статі);

друга парантела — батьки спадкодавця та їхні низхідні (до неї входять батьки, рідні брати й сестри, діти й племінники, онуки та внучаті племінники і т.д.);

третя парантела — дід і бабуся спадкодавця (по батьківській і материнській лініях) та їх низхідні (це всі родичі прямої лінії споріднення, рідні дядьки й тітки та їх низхідні);

четверта парантела — прадіди й прабабусі спадкодавця (по батьківській і материнській лініях) та їхні низхідні (фактично це всі родичі прямої лінії споріднення, двоюрідні діди й бабусі та їхні низхідні);

п'ята і наступні парантели — прапрадіди й прапрабабусі спадкодавця та їхні низхідні. і т.д. Кількість парантел законом не обмежується, тобто до спадкування можуть закликатися будь-які родичі, у тому числі й значно віддалених ступенів. За відсутності спадкоємців за законом майно переходить до держави.

Представники кожної з парантел закликаються до спадкування лише у випадку, якщо немає родичів попередньої парантели. Представники четвертої та наступних парантел успадковують, якщо більш близьких родичів та іншого з подружжя немає в живих.

Разом з родичами першої, другої та третьої парантел спадкують чоловік або дружина, які пережили спадкодавця. Якщо немає родичів першої, другої чи третьої парантел, то все майно успадковує чоловік чи дружина померлого. Той з подружжя, який пережив спадкодавця й закликається до спадкування разом з першою парантелю, одержує 1/4, а з другою або з третьою — 1/2 частину майна.

Усередині першої парантели майно поділяється порівну між дітьми спадкодавця.

Інші низхідні родичі (внуки, правнуки) успадковують за правом представлення: внуки у рівних долях успадковують частку, яка належала б їхньому батькові (матері) у випадку, якби він був живий і т.д.

У разі закликання до спадщини представників другої паранти майно ділиться порівну між батьками спадкодавця; якщо одного з них немає в живих, то його частка переходить до низхідних родичів за правом представлення, а якщо таких немає, — до іншого з батьків.

У третій і наступних парантах діють аналогічні принципи — висхідні родичі мають перевагу перед низхідними й відсторонюють їх від спадкування. Майно ділиться порівну між батьківською й материнською лініями (правило «тріщини»); у разі відсутності родичів в одній лінії все майно поділяється серед родичів іншої лінії; низхідні родичі успадковують у порядку представлення.

Згідно з законом спадкоємці можуть бути позбавлені права спадкувати в разі вчинення ними замаху на життя спадкодавця чи навмисного спричинення його смерті, заподіяння шкоди здоров'ю, примушенні його до складання заповіту.

У Франції класифікація спадкоємців за законом і послідовність їх закликання до спадкування здійснюється за системою розрядів (ordres). Ця система об'єднує кровних родичів у групи залежно від їхньої передбачуваної близькості до спадкодавця. ФЦК передбачає п'ять розрядів спадкоємців за законом:

перший розряд — діти та інші прямі низхідні родичі спадкодавця (онуки, правнуки і т.д., які спадкують за правом представлення);

другий розряд — батьки спадкодавця, а також його брати і сестри та їхні низхідні родичі до 12 ступеня включно, які спадкують за правом представлення;

третій розряд — дід, бабуся та прямі висхідні родичі більш дальніх ступенів спорідненості;

четвертий розряд — інші (крім рідних братів і сестер) родичі бокової лінії до шостого ступеня споріднення (двоюродні брати і сестри, дядьки, тітки і т.д. до троюрідних братів і сестер включно).

Наявність хоча б одного з родичів попереднього розряду усуває від спадкування родичів усіх наступних розрядів.

ФЦК розрізняє п'ять ліній родства: низхідну, висхідну по батькові та висхідну по матері, бокову по лінії батька та бокову по лінії матері. У кожній лінії більш близькі родичі усувають від спадкування більш далеких родичів, за винятком випадків, коли більш віддалені спадкують за правом представлення. Так, онуки спадкодавця одержують за правом представлення таку частку спадщини, яка належала б їх батькові (тобто синові спадкодавця), якби він не помер раніше самого спадкодавця. Успадковують у такому порядку тільки прямі низхідні спадкодавця та низхідні його братів і сестер.

Спадкоємці другого, третього і четвертого розряду по материнській і батьківській

лініях закликаються до спадкування окремо. Якщо в другому розряді бокових родичів немає, то висхідні другого і третього об'єднуються в один розряд.

Низхідні родичі однакового ступеня споріднення успадковують у рівних частках. Якщо спадкове майно ділиться між батьківською та материнською лініями (правило «тріщини»), усередині кожної з них усі спадкоємці також одержують рівні частки.

Якщо до спадкування закликаються батьки та брати і сестри спадкодавця, то кожний з батьків одержує $\frac{1}{4}$ майна, інше — брати і сестри в рівних частках (теж діє правило «тріщини»).

Усі висхідні родичі (батьки, дід, бабуся, прадід, прабабуся) та бокові родичі по батьківській і материнській лінії спадкують за правилом «тріщини».

Інший з подружжя, який пережив спадкодавця (чоловік або дружина померлого), не віднесений до окремого розряду, але успадковує перед родичами четвертого розряду, усуваючи їх від спадщини. Його інтереси забезпечуються також наданням йому узуфрукту чи довічної ренти.

Чоловік чи дружина спадкодавця одержують відповідне майно чи права на нього, якщо не були розлучені зі спадкодавцем за його життя й не перебували в сепарації, залежно від того, які ще родичі закликаються до спадкування. Якщо родичів першого, другого й третього розрядів немає, то чоловік (дружина) померлого одержує майно у власність. Якщо закликаються до спадкування родичі першого розряду, то він (вона) одержує право на узуфрукт $\frac{1}{4}$ частини спадкового майна, якщо родичі інших розрядів — узуфрукт на $\frac{1}{2}$ майна, якщо є спадкоємці тільки однієї з ліній (батьківської чи материнської) — чоловік (дружина) одержує узуфрукт на $\frac{1}{2}$ майна та право власності на батьківську чи материнську долю (кого немає).

Закон передбачає позбавлення права на спадщину осіб, які є спадкоємцями за законом, однак засуджені за вбивство чи замах на вбивство спадкодавця, які висунули проти спадкодавця свідомо неправдиве звинувачення у вбивстві, повнолітні спадкоємці, які знали про вбивство спадкодавця, однак не повідомили про це правосуддю (за винятком близьких родичів убивці та його дружини (чоловіка)).

Якщо немає спадкоємців за законом (і немає заповіту), майно, яке залишилося від спадкодавця, як відумерле переходить у власність держави.

Спадкове право в країнах англо-американської правової системи відрізняється від розглянутих вище країн, оскільки привілейоване місце серед спадкоємців за законом відведене дружині чи чоловікові, які пережили іншого (спадкодавця).

В Англії, той з подружжя, що пережив іншого — спадкодавця, є основним спадкоємцем. Розмір його частки в спадковому майні залежить від того, чи є у спадкодавця низхідні, батьки, а також брати і сестри та їх низхідні.

Насамперед він має виключне право на одержання у власність будинку, саду, гаража, меблів та інших предметів домашнього вжитку. Якщо є низхідні родичі, то він має право на одержання фіксованої грошової суми, розмір якої встановлюється лорд-канцлером, а також право на довічне користування половиною майна

спадкодавця, вільного від боргів. Інша половина майна переходить до низхідних — дітей або онуків (за правом представлення).

Якщо низхідних родичів немає, але є батьки або брати і сестри, то дружина (чоловік) спадкодавця має право на одержання фіксованої грошової суми в більшому розмірі, а також права власності на половину іншого спадкового майна. Другу половину майна у такому разі одержать батьки на праві власності, а якщо їх немає в живих — брати і сестри спадкодавця на засадах довірчої власності.

Якщо немає нікого з названих родичів спадкодавця (низхідних, батьків, рідних братів і сестер), то все майно передається на праві власності іншому з подружжя, тобто тому, який залишився в живих.

Якщо немає чоловіка чи дружини, які пережили іншого з подружжя (спадкодавця), то до спадкування закликаються родичі в такому порядку:

- 1) низхідні родичі (діти, внуки, правнуки і т.д.);
- 2) батьки;
- 3) повнорідні брати і сестри;
- 4) неповнорідні брати і сестри;
- 5) діди і бабусі по лінії матері й по лінії батька;
- 6) повнорідні дядьки і тітки;
- 7) неповнорідні дядьки і тітки.

Батьки спадкодавця та інші повнолітні низхідні родичі одержують майно у власність, усі інші, у тому числі неповнолітні низхідні, — на засадах довірчої власності, що утворюється на основі закону (statutory trust), в якій вони виступають вигодонабувачами (бенефіціаріями).

Перелік спадкоємців за законом, встановлений на випадок спадкування майна особи, яка не залишила заповіту, у США визначається законодавством штатів. Більшість штатів перейняли англійську систему: тому з подружжя, який пережив іншого, надається перевага перед іншими спадкоємцями за законом і закріплюються черги спадкоємців. Деякі штати затвердили для себе подібну до німецької систему парантел (Флорида, Міссурі, Пенсільванія, Іллінойс).

Спадкоємцями за законом у США є той з подружжя, що пережив спадкодавця (його дружина, чоловік), діти й інші низхідні, які спадкують за правом представлення, а також кровні родичі небіжчика: батьки, рідні брати і сестри, інші родичі, які неоднаково визначаються законодавством окремих штатів по чергах чи розрядах. Коло спадкоємців за законом у більшості штатів не обмежується яким-небудь ступенем споріднення.

Переважає більшість штатів дотримуються такої моделі спадкування за законом: інший з подружжя одержує 1/3 майна спадкодавця на праві власності або володіння й користування; діти отримують 2/3 частки його майна. Частка чоловіка (дружини),

що пережив, зростає до 1/2 майна, якщо в спадкодавця є тільки одна дитина чи її низхідні.

За законами багатьох штатів чоловік (дружина) у будь-якому разі мають, поряд з цим, право на одержання фіксованої суми (право на так звані «перші долари»), яка складає в різних штатах від 2 тис. до 100 тис. доларів або на отримання рівноцінного персонального майна. Розмір цієї суми може зростати, якщо немає низхідних родичів — спадкоємців.

У випадку, якщо низхідних родичів немає, спадкують батьки та рідні брати і сестри, а той з подружжя, що пережив, одержує 1/2 частину майна, яке залишилося. Якщо немає ні низхідних родичів, ні батьків спадкодавця, то все майно переходить у власність (або у володіння чи користування) дружини (чоловіка).

Якщо спадкодавець був неодруженим (в т.ч. розлученим чи вдівцем), то все його майно переходить до його родичів — спадкоємців за законом. Насамперед це його низхідні (діти, а також онуки і правнуки), батьки, інші висхідні й родичі бокової лінії. Неповнолітні висхідні та родичі бокової лінії одержують майно на засадах довірчої власності, у якій виступають бенефіціаріями. Порядок закликання до спадкування й розмір спадкових часток цих осіб по-різному визначається законами окремих штатів.

Закони деяких штатів включають до кола осіб, до яких може відійти майно спадкодавця, так званих «крайніх спадкоємців», якими є родичі чоловіка (дружини) спадкодавця.

За законодавством Англії та США майно спадкодавця, який не залишив спадкоємців, розглядається як відумерле й переходить до держави без будь-яких обтяжень.

9.4. Реалізація спадкових прав

у країнах континентальної

та англо-американської

правових систем

Порядок прийняття спадщини в зарубіжних правових системах насамперед залежить від діючого в тій чи іншій державі принципу спадкового правонаступництва. Право країн романо-германської системи виходить з поняття спадкування як універсального правонаступництва, яке означає, що до спадкоємців переходить усе майно спадкодавця, уся сукупність прав і обов'язків, які існували в нього на момент смерті. У такому разі спадкоємець зобов'язаний нести відповідальність за борги спадкодавця без обмежень, навіть за межами одержаного ним активу спадкового майна. Обмеження такої відповідальності спадкоємця досягається в німецькому праві через установлення управління спадщиною або відкриття конкурсу (пар. 1975 НЦК), а у французькому — шляхом прийняття спадщини з умовою складання опису майна, тоді він відповідає в межах активу спадкової маси (ст. 802 ФЦК).

Законодавство Німеччини (пар.1947 НЦК) встановлює, що всі права й обов'язки переходять до спадкоємців у момент смерті спадкодавця без вчинення ними будь-

яких спеціальних дій. Суд може видати спадкоємцям за їхньою заявою свідоцтво про право спадкування або про розмір їхньої частки в спадковому майні.

Спадкоємець має право протягом шести тижнів з моменту, коли він дізнався про своє право на спадкування, відмовитися від нього. Якщо спадкодавець проживав у іншій державі або на момент його смерті спадкоємець знаходився за кордоном, то зазначений строк продовжується до шести місяців. Відмова оформляється у вигляді заяви, яка подається до суду в справах спадкування. Якщо строк для відмови закінчився або він пропущений спадкоємцем, вважається що останній прийняв спадщину. Спадкоємець, який прийняв спадщину, не має права відмовитися від неї згодом.

Якщо спадкування відбувається на основі заповіту, то його виконання покладається на виконавця заповіту (пар. [2197—2200](#) НЦК), особа якого визначається або в змісті самого заповіту, або за дорученням заповідача третіми особами, або призначається судом. Виконавець заповіту реалізує заповідальні розпорядження та управляє спадковою масою до її поділу між спадкоємцями. Таке право надається на певний строк, який визначається волею спадкодавця і може тривати до 30 років. Після закінчення встановленого строку виконавець заповіту зобов'язаний передати спадкове майно особам, зазначеним у заповіті, відповідно до волі заповідача та забезпечити інтереси відказоодержувачів. Якщо виконавець заповіту здійснює управління спадковим майном протягом тривалого часу, то спадкодавці мають право вимагати від нього надання щорічного звіту.

Виконавець заповіту зобов'язаний: відразу після прийняття на себе обов'язків передати спадкоємцям перелік об'єктів, що входять до спадкової маси, і надати їм допомогу в одержанні інвентаризаційного опису; відповідати перед спадкоємцями та відказоодержувачами за шкоду, яка виникла внаслідок порушення ним своїх обов'язків; здійснювати заходи, необхідні для збереження предметів спадкового майна. Він має право претендувати на виплату йому винагороди за виконання зазначених обов'язків, а також звернутися до суду із заявою про відмову від виконання функцій виконавця заповіту.

За законодавством Франції спадкоємці за законом і універсальні легатарії автоматично стають власниками спадкового майна з моменту смерті спадкодавця без додаткового спеціального акту судових органів (мають так звану сезину (saisine)). З цього моменту кредитори спадкодавця вправі пред'являти до них вимоги.

Універсальні легатарії, які призначені у власноручному чи таємному заповіті, можуть вступити у володіння лише на підставі судової постанови. Сингулярні легатарії також не мають сезини, та для здійснення своїх прав повинні звернутися з вимогою до універсальних легатаріїв, спадкоємців за законом, або спадкоємців «резервної» частки.

Спадкоємець може відмовитися від спадщини, для чого повинен подати письмову заяву до секретаріату суду другої інстанції округу, на території якого відкрита спадщина. Така заява має зворотну силу й може бути складена в будь-який момент

протягом 30 років із часу відкриття спадщини.

Заповідач також може призначити одного чи кількох виконавців заповіту, зазначивши їхні імена в змісті заповіту. Рухоме майно чи його частина за вказівкою спадкодавця може передаватися у володіння виконавця заповіту на строк не більше одного року й одного дня з моменту відкриття спадщини.

Виконавець заповіту повинен у присутності спадкоємця скласти опис спадкового майна; має право опечатати його, якщо серед спадкоємців є неповнолітні, повнолітні, що потребують опіки, або відсутні особи; здійснити продаж рухомих речей зі спадкової маси, якщо не вистачає коштів для розрахунків з легатаріями. Він зобов'язаний слідкувати за здійсненням волі заповідача та скласти звіт про свою діяльність після закінчення одного року з дня смерті спадкодавця.

У країнах англо-американської правової сім'ї всі спадкоємці як за законом, так і за заповітом, як вже зазначалося, не розглядаються як універсальні правонаступники, вони успадковують тільки звільнене від боргів майно спадкодавця. Відповідно встановлюється особливий порядок прийняття спадщини та реалізації спадкоємцями їхніх спадкових прав.

В Англії та США діє специфічний механізм переходу спадкового майна: воно переходить до особистого представника спадкодавця, який призначається в змісті заповіту та затверджується судом зі справ спадщини (виконавець заповіту — executor). Якщо особистий представник не вказаний заповідачем у заповіті, а також у разі спадкування за законом, він призначається судом з кола спадкоємців або інших осіб (адміністратор — administrator).

Спадкове майно передається особистому представникові спадкоємця на умовах довірчої власності (трасту), в якій він виступає довірчим власником і управляє майном в інтересах спадкоємців (бенефіціаріїв) та відповідно до волі спадкодавця.

Довірчий власник здійснює всі необхідні дії, пов'язані з управлінням довіреним йому майном, зокрема: погашає борги спадкодавця відповідно до встановленої законом черговості, пред'являє вимоги до боржників спадкодавця; укладає необхідні для нормального функціонування майна (підприємства) угоди; у разі потреби звітує перед судом про всі вчинені ним дії; передає звільнене від боргів майно спадкодавця спадкоємцям за заповітом чи за законом відповідно до розміру належної кожному з них частки.

Таким чином траст, що встановлений заповітом або виникає в процесі реалізації спадкових прав на основі закону, дозволяє спадкоємцям одержувати вигоди від майна, звільняючи їх від обов'язків управління цим майном до того часу, поки воно не буде звільнене від зобов'язань спадкодавця.

Трасти, які виникають у таких випадках, слід відрізняти від трастів, які засновані та починають діяти за життя довірителя (спадкодавця) і спрямовані на уникнення розподілу власності після смерті засновника. Такі трасти можуть бути відкличними (довіритель має право скасувати його в будь-який час) і безвідкличними. Якщо траст не відкликається до часу смерті засновника, то майно не буде частиною його

власності, що передається за заповітом, оскільки правовий титул вже переданий довіренту особі протягом життя довірителя.

ГЛАВА 10

ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ СІМЕЙНОГО

ПРАВА В ЗАРУБІЖНИХ

ЦИВІЛЬНО- ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ

Антокольская М. В. Семейное право. — М., 2002. —

С. 315—333; Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. — К., 1999. — С. 429—454; Богатых Е. Гражданское и торговое право (От древнеримского к современному российскому). — М., 2000. — С. 274—285; Богуславский М.М. Международное частное право. — М. 1994. — С. 293—319; Гражданское право: Учебник. / Под. ред А.П. Сергеева,

Ю. К. Толстого. — М., 1997. — Ч. 1. — С. 58—75; Гражданское и торговое право капиталистических государств. — М., 1993. — С. 515—530; Золотухина О. Замуж за иностран-

ца. — К., 2001. — С. 168—191, 217—249; Канзафарова И. С. Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебн. пособ. — Харьков, 2003. — С. 14—77, 102—136; Моран-

дьер Ж. де Ла. Гражданское право Франции. — М., 1958. — Т. 1. — С. 323—365; Сімейне право України / За ред. Гопанчука В. С. — К., 2002. — С. 287—294; Цивільне право України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової — К.: Юрінком Інтер, 2002. — Кн. 1. — С. 51—77; Burgerliches Gesetzbuch/ Zivilrecht: Wirtschaftrecht; Stud—Yur — Nomos — Textausgaben. — 1. Aufl. — Baden — Baden: Nomos — Verl. — Ces., 1992. — S. 228—339.

У зарубіжних правових системах сімейне право не розглядається як окрема галузь права. У країнах романо-германського права воно є складовою цивільного права; норми, які регулюють сімейні відносини, розміщено в цивільних кодексах: книга 4 Німецького цивільного кодексу, титули 5—9 книги 1 і титул 5 книги 3 Французького цивільного кодексу.

У країнах англо-американської правової системи сімейне право становить окремий інститут. Сімейні відносини регулюються нормами загального права, звичаями, спеціальними законами з окремих питань сімейних відносин. Більшість правових норм оформлено законодавчо. Однак і прецеденти, і судова практика також мають важливе значення, оскільки закон у деяких випадках лише визначає фактори, які повинні враховуватися судами під час прийняття рішень, і спрямовує суд на вирішення проблеми за справедливістю. В Англії у цій сфері діють Закони: про майно заміжніх жінок (1964 р.), про сімейний обов'язок (1967 р.), про реформу сімейного права (1969 р.), про недійсність шлюбу (1971 р.) та інші.

У США закони, що регулюють питання сім'ї та шлюбу, знаходяться в компетенції

окремих штатів. Майже кожний штат має власні закони в галузі сімейного права. Закони штатів часом суттєво відрізняються за змістом. Схилити штати до прийняття уніфікованих законів у цій сфері досить складно. Разом з тим, федеральне право відіграє дедалі важливішу роль стосовно свободи особистості в сімейних відносинах. Створюються уніфіковані акти, зокрема Уніфікований (Єдиний) закон про шлюб та розлучення. Конгрес США взяв на себе повноваження федерального уряду у деяких питаннях надання допомоги сім'ям та визначення обов'язків батьків щодо утримання дітей.

Інститут сімейного права є одним з найбільш сталих і консервативних правових інститутів, який досить яскраво відображає особливості конкретної нації, її традицій і менталітету, і важко піддається уніфікації.

Норми сімейного права регулюють у зарубіжних країнах особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, батьками та дітьми, а також усиновителями та усиновленими; у деяких випадках під дію цих норм підпадають родинні стосунки чи відносини свояцтва. Основними, звичайно, є норми про шлюб, припинення шлюбу, правовідносини батьків і дітей.

10.1. Поняття та умови укладення шлюбу

в праві зарубіжних країн

Шлюб розглядається зарубіжною доктриною насамперед як договір між чоловіком і жінкою, що укладається у встановленому законом порядку, підкоряється певним вимогам дійсності, має на меті об'єднання чоловіка та дружини в одну сім'ю для спільного життя та взаємного надання підтримки й допомоги.

Існують й інші концепції шлюбу (шлюб-статус, шлюб-партнерство), які оспорюють договірну природу шлюбних відносин. Вони передбачають, що шлюб не може вважатися договором, оскільки, по-перше, у сторін виникають лише передбачені законом права та обов'язки, які не можуть змінюватися за бажанням сторін, тому, що регулюються, переважно, імперативними нормами; по-друге, не допускається представництво ні під час укладення шлюбу, ні в процесі виконання прав та обов'язків, які ґрунтуються на особистих немайнових відносинах; по-третє, шлюбні відносини є безстроковими, безумовними, мають абсолютну силу, а договір передбачає встановлення прав та обов'язків на певний період часу, до настання певної події чи досягнення певної мети.

Умовами дійсності шлюбу в праві зарубіжних країн є дві групи вимог: матеріально-правові та формальні. До матеріально-правових належать: шлюбна дієздатність, відсутність іншого не припиненого офіційно шлюбу, згода осіб (наречених) на укладення шлюбу, відсутність родинних зв'язків між ними, відсутність певних видів захворювань, які за законом є перешкодою до укладення шлюбу, виконання встановлених законом обмежень для вдів і розлучених. До формальних умов належать: оприлюднення шлюбу шляхом публікації, одержання ліцензії чи здійснення заручин, встановлена законом церемонія (цивільна чи церковна), особиста присутність наречених, присутність свідків, реєстрація, видача свідоцтва

про шлюб.

Умовою укладення шлюбу в усіх країнах є досягнення шлюбного віку, який встановлено: у Німеччині: для жінок та чоловіків — 18 років; у Франції: для чоловіків — 18 років, для жінок — 15 років; в Англії: для чоловіків і жінок — 16 років. У США вікові вимоги в окремих штатах різні, у середньому вони становлять 16—18 років.

Шлюбна дієздатність передбачає також розумову здатність особи, спроможність її усвідомлювати значення своїх дій і керувати ними. У країнах континентального права, а також в Англії не допускаються шлюби з особами, які не здатні розуміти сутність і наслідки шлюбу. Щодо США, то в юридичній літературі висловлюються різні, а часом й протилежні, погляди щодо оцінювання відповідних норм законодавства про шлюб і сім'ю. Одні автори вважають, що за змістом норм законодавства всіх штатів шлюби з душевнохворими особами не допускаються в жодному разі, відповідальним за це є опікун; інші, навпаки, вважають, що відповідні норми законів окремих штатів США допускають такий шлюб, за умови, що опікун душевнохворого дасть згоду на це. Шлюб із душевнохворим можливий, якщо він, незважаючи на захворювання, здатний висловити свою волю й усвідомити значення та характер укладення шлюбу як правового акту.

Ще однією умовою шлюбу, яка в деяких країнах закріплена на законодавчому рівні, є приналежність осіб, які його укладають, до різної статі. Тобто, членами подружнього союзу повинні бути чоловік і жінка. Якщо наявна певна фізіологічна аномалія, питання щодо можливості укласти шлюб вирішують офіційні органи (суд, прокуратура) на основі медичного висновку. Шлюб між представниками однієї статі в даних країнах не допускається.

Обов'язковим елементом і основним принципом шлюбу, без якого він не може бути укладеним, є взаємна згода осіб, які одружуються. Цей принцип знайшов своє відображення в нормах законодавства майже всіх країн. Найбільш чітко він закріплений

у ФЦК, відповідна норма якого (ст. 146) проголошує, що без згоди немає шлюбу. Згода на шлюб повинна бути виражена зовні: у заяві про реєстрацію шлюбу, висловлена в присутності свідків тощо. Якщо шлюб укладається неповнолітніми, то необхідна згода їхніх батьків чи інших законних представників.

Законодавство про шлюб і сім'ю зарубіжних країн встановлює й перелік обставин, які є перешкодою для реєстрації шлюбу. Насамперед це наявність родинних зв'язків між нареченими. В усіх країнах встановлено заборону на шлюби між родичами прямої лінії родства та рідними братами й сестрами (повнорідні, що мають обох спільних батьків, і неповнорідні, які мають або спільного батька, або спільну матір). Обмеження щодо родичів по боковій лінії в різних країнах різні. У більшості країн континентального права, зокрема у Франції та ФРН, забороняються шлюби з родичами третього ступеня спорідненості включно (дядько та племінниця, тітка та племінник); в англо-американському праві, зокрема в Англії та США, — до четвертого ступеня родства включно (двоюродні брати та сестри).

В усіх країнах, що розглядаються, за винятком окремих штатів США, не допускаються шлюби між свояками прямої лінії, а за правом Франції — також і між свояками бокової лінії.

Не завжди однаково регулюються законодавчими актами питання щодо реєстрації шлюбу між усиновителями та усиновленими, або з участю їх родичів. У більшості країн забороняються шлюби між усиновителями й усиновленими, між особами, що усиновлені одним усиновителем, а також між усиновленими та рідними дітьми усиновителя. Разом з тим, у деяких країнах такі шлюби можливі, однак вони автоматично припиняють відносини усиновлення та скасовують на майбутнє усі юридичні наслідки усиновлення (ФРН).

Не може бути укладено шлюб, якщо хоча б один з майбутнього подружжя перебуває в іншому офіційно зареєстрованому шлюбі. Для того, щоб укласти новий шлюб, необхідно припинити попередній. Така вимога міститься в законах усіх країн, що свідчить про встановлення принципу моногамії (одношлюбності). Він є одним з фундаментальних принципів шлюбу в зазначених зарубіжних країнах.

У деяких випадках перешкодою до шлюбу може стати певне захворювання, якщо воно створює небезпеку для здоров'я іншого з подружжя, навіть якщо воно не пов'язане з душевною хворобою.

Країни романо-германської правової системи вводять певні заборони на випадки реєстрації повторного шлюбу: вдова чи розлучена жінка не мають право укласти шлюб протягом 300 днів (Франція), або 10 місяців (Німеччина) з моменту смерті чоловіка чи розірвання шлюбу.

В усіх країнах встановлюються вимоги формального характеру, дотримання яких є обов'язковим для дійсності шлюбу. Однією з них є оприлюднення відомостей про намір зареєструвати шлюб шляхом їх публікації, вивішування повідомлення про це в церкві або муніципалітеті. З моменту оголошення такого повідомлення будь-які особи, яким відомо про перешкоди для цього шлюбу, мають змогу повідомити про це офіційним органам. Публікація такого повідомлення застосовується в країнах континентального права (ФРН, Франція). У деяких з них також існує інститут заручин — публічного надання обіцянки укласти шлюб. Заручини зобов'язують сторони відшкодувати витрати, пов'язані з підготовкою до реєстрації шлюбу, у випадку відмови від його укладення однією із сторін. Однак вони не створюють обов'язку зареєструвати шлюб на підставі даної публічної обіцянки, оскільки одним з основних принципів шлюбу є добровільність і взаємна згода осіб. А тому будь-хто з наречених має право відмовитись від укладення шлюбу до його реєстрації.

У країнах англо-американського права (Англія та США) процедуру оприлюднення може бути замінено видачею ліцензії — дозволу на шлюб, який видається церковними установами чи органами влади, що здійснюють реєстрацію шлюбів. Для того, щоб отримати такий дозвіл (ліцензію на шлюб), сторони повинні присягнути священнослужителю або посадовій особі державного органу в тому, що немає перешкод до укладення їхнього шлюбу, принаймні таких, що їм були б відомі.

У кожній країні закріплюються вимоги щодо обов'язкової процедури реєстрації шлюбу. У німецькому та французькому праві встановлено єдину цивільну форму — реєстрацію шлюбу відповідними органами влади, посадовими особами (муніципалітет, мер міста, суддя). В Англії однакові юридичні наслідки зумовлює і цивільна, і церковна процедура укладення шлюбу. У США закони штатів допускають різні форми шлюбу: або тільки цивільну, або тільки церковну, або альтернативно — цивільну чи церковну.

Обов'язковою є особиста присутність чоловіка та жінки, які укладають шлюб, у момент його реєстрації. У Німеччині та Франції за наявності поважних і надзвичайних обставин шлюб може бути зареєстровано за відсутності однієї із сторін з її письмової згоди або через представника, якщо інша сторона присутня особисто.

Реєстрація шлюбу в усіх країнах здійснюється, як правило,

у вигляді урочистої церемонії, мета якої публічно повідомити та відзначити серйозність намірів сторін і наслідків, які виникають для них. Церемонія, окрім офіційних правил, обов'язково супроводжується національними традиціями та обрядами. У Німеччині, наприклад, доріжку, якою наречені виходять з церкви, встилають свіжими сосновими гілками з тим, щоб їх подружнє життя було вдалим, успішним, щоб був добробут і багатство. У Франції, коли подружжя виходить з церкви, їх осипають лавровим листям, а під час весільної вечері (обіду) подружжя повинно випити вино з одного весільного келиха з двома ручками, що символізує єдність подружнього союзу. Подібні ритуали склалися в кожній країні, вони не мають юридичного значення, однак дотримуються як символ, як передумова щасливого подружнього життя й майбутнього добробуту сім'ї.

Шлюби, укладені з порушенням вимог, що встановлені законом, є нікчемними або заперечними, тобто можуть бути оспорені в суді. Нікчемність шлюбу може спричинити, наприклад, нехтування перешкодами до реєстрації шлюбу. У деяких країнах такі наслідки може зумовити порушення правил реєстрації. Так, за правом ФРН, нікчемним є шлюб, під час реєстрації якого посадова особа порушила передбачену законом процедуру з'ясування та прилюдного висловлення нареченими згоди на шлюб. Недоліки волі осіб, які уклали шлюб, у більшості країн, є причиною відносної недійсності шлюбу — можливості оспорування його в суді. Порушення однієї й тієї ж умови може призводити до абсолютної недійсності шлюбу в одній країні та можливості його оспорування — в іншій. Так, реєстрація шлюбу з особою, що не досягла шлюбного віку, призводить до його недійсності у ФРН, Франції та Англії, та є підставою для оспорування його в суді за законами більшості штатів США. У США не може бути дійсним шлюб, якщо під час його укладення мали місце шахрайство, жарт, підробка документів чи якийсь інший прихований мотив, а також фіктивний шлюб. В останньому випадку можуть настати і більш складні наслідки — притягнення до кримінальної відповідальності: таких осіб осудять до сплати штрафу на значну суму або навіть до позбавлення волі.

10.2. Підстави припинення шлюбу

в різних цивільно-правових системах

Припинення шлюбу, як відомо, передбачає припинення прав і обов'язків чоловіка та дружини на майбутнє. Припинення шлюбних правовідносин за законами зарубіжних країн відбувається, насамперед, унаслідок смерті одного з подружжя. У такому разі шлюб припиняється автоматично, інший з подружжя має право укласти новий шлюб. У деяких країнах, як вже зазначалося, існують обмеження щодо термінів реєстрації нового шлюбу жінкою, чоловік якої помер (Франція, Німеччина та інші країни континентальної правової сім'ї). Шлюб припиняється і на підставі визнання одного з подружжя померлим (Німеччина, Англія, США) або безвісно відсутнім (Франція) .

За життя подружжя припинення шлюбу можливе шляхом розлучення, тобто розірвання його за певною встановленою законом процедурою. Ставлення до такого акту в різних країнах суттєво змінювалося в різні історичні періоди. Незалежно від того, що в Стародавньому Римі розлучення розглядалося як цивільно-правова угода й не вимагало спеціальної процедури, у країнах романо-германської правової системи, яка формувалася під пріоритетним впливом римського приватного права, погляди на розлучення суттєво відрізнялися. Більшість країн континентальної Європи є католицькими країнами, і, безумовно, на шлюбно-сімейні відносини істотно, вплинуло канонічне (католицьке) право, згідно з уявленнями якого розлучення або взагалі неприпустиме, або дозволяється не інакше, як рішенням церковних органів виключно за наявності суворо обмежених підстав. Сучасне законодавство щодо розлучення певною мірою лібералізоване, однак держава продовжує контролювати процес розлучення подружжя, оскільки вважається, що розпад сім'ї вкрай небажаний для суспільства, негативно на ньому позначається. Разом з тим, ця позиція поступово відступає з міркувань захисту інтересів людської особистості.

Закони зарубіжних країн допускають розірвання шлюбу, переважно, у судовому порядку за наявності певних підстав, основними з яких є безнадійний розпад сім'ї та винна поведінка одного з подружжя, яка дозволяє іншому ініціювати процедуру розлучення.

У деяких країнах розірвання шлюбу можливе за умови взаємної згоди чоловіка та дружини, якщо це не порушує істотних інтересів одного з них чи інтересів неповнолітніх дітей. Дозвіл на розлучення за взаємною згодою чоловіка та дружини теоретично ґрунтується на договірній теорії шлюбу. Якщо основою шлюбу є договір, то слід допустити можливість його припинення в будь-який час за погодженням сторін.

За законодавством ФРН розірвання шлюбу можливе тільки за умови встановлення факту невідворотного розпаду шлюбу. Мотивуючи своє спільне рішення про розлучення, подружжя не зобов'язане пред'являти докази такого розпаду шлюбних відносин. Однак на практиці такими доказами можуть бути: повне припинення шлюбних стосунків, безнадійність їх поновлення, тривале роздільне проживання подружжя. Кожен з подружжя в змозі ініціювати розлучення, якщо інший впродовж 3-х років проживає окремо від сім'ї. Суд може відмовити в розірванні шлюбу, якщо

вирішить, що це зашкодить інтересам неповнолітніх дітей або якщо це спричинить істотні труднощі для одного з подружжя.

У Франції Цивільний кодекс допускає три приводи для розірвання шлюбу: взаємну згоду, припинення спільного сімейного життя та винну поведінку одного з подружжя.

Розлучення за взаємною згодою поділяють на розлучення—угоду та розлучення—смирення. У першому випадку ініціаторами припинення шлюбу виступають обидва з подружжя; заяву про розірвання шлюбу суд може прийняти не раніше 6 місяців з дня реєстрації шлюбу; суд надає подружжю строк для

примирення — подання такої заяви не підтвердять свого рішення розлучитися, то заява втрачає силу. Суд вправі відмовити в розірванні шлюбу, якщо дійде висновку, що внаслідок розлучення постраждають інтереси одного з них або інтереси неповнолітніх дітей.

У разі розлучення-смирення заяву подає один з подружжя,

а інший немов би йому не заперечує та змиряється з його рішенням. У заяві про таке розлучення заявник повинен зазначити причини неможливості продовження сімейного життя, а той, що змиряється, — визнати їх наявність і дати згоду на розірвання шлюбу.

До заяви додається проект угоди між подружжям про врегулювання майнових відносин між колишнім подружжям, умови утримання й виховання ними дітей, виплати різноманітних компенсацій і т.ін.

Розлучення у зв'язку з припиненням спільного сімейного життя закон дозволяє у випадку, якщо подружжя протягом 6 років жили зовсім відокремлено один від одного або якщо один з них упродовж такого ж строку страждає душевним захворюванням, через яке відновлення подружнього життя уявляється неможливим.

Розірвання шлюбу внаслідок винної поведінки одного з подружжя можливе, якщо мова йде про вчинення ним подружньої зради чи злочину. Винна сторона буде зобов'язана сплатити іншій компенсацію за майнову та моральну шкоду, спричинену розлученням.

В Англії розірвання шлюбу можливе тільки за таких підстав: якщо шлюб визнано безнадійним, тобто якщо мала місце подружня зрада, або якщо поведінка одного з подружжя завдала іншому фізичної чи моральної шкоди та виключає можливість подальшого спільного проживання, або якщо відповідачем залишено сім'ю на строк не менше 2-х років і він не заперечує проти розлучення за бездоганної поведінки іншої сторони (позивача).

У США шлюб розривається тільки через суд, для звернення до якого необхідно мати ценз осілості, тобто прожити в певний час в одному штаті чи окрузі, а саме — у тому, де подається заява про розірвання шлюбу. Цей період різний у окремих штатах і становить від 6 тижнів до 2 років (найчастіше — 6 місяців). Мета такої вимоги — забезпечити можливість для суду штату об'єктивно розглянути обставини справи та винести справедливе рішення.

Раніше розлучитися у США було можливо тільки за умови винної поведінки однієї із сторін: постійного пияцтва, подружньої невірності, фізичного чи психічного насильства, залишення сім'ї або божевілля одного з подружжя. Після реформ законодавства 1960-х років стало допускатися й так зване «безвинне» розлучення у випадках, якщо доведено, що шлюб невідворотно розпався. Нині на практиці основними причинами для розлучення є: серйозне хронічне захворювання, яке унеможливорює подальше сімейне життя, подружня зрада, скоєння одним із подружжя кримінального злочину, що спричинило ув'язнення на тривалий строк, залишення сім'ї чи так званий невідворотний (безнадійний) розпад шлюбу.

Чоловік і жінка, які розлучаються, найчастіше самостійно досягають певних фінансових та інших домовленостей стосовно поділу майна, аліментних зобов'язань тощо та подають відповідну угоду до суду для розгляду. Суд схвалює таку угоду за умови, що вона виключає будь-який обман чи застосування примусу з боку одного з подружжя, її положення є чесними та достатніми, враховують життєві реалії. Схвалення судом такої угоди часто об'єднується з постановою суду про розірвання шлюбу.

У праві Франції, Англії та США існує так званий інститут сепарації (*separation de corps*, *Separation*, *separation*) — як правило, умовне, безстрокове призупинення дії шлюбу судом та одержання дозволу на роздільне проживання чоловіка і дружини. Іншими словами, подружня пара юридично оформляє роздільне проживання. Дійсність шлюбу не припиняється й чоловік і дружина не в змозі укласти іншого шлюбу, однак можуть наставати наслідки іншого характеру: припиняється обов'язок спільного проживання, не виникає режиму спільності на майно, що набувається за час такого роздільного проживання, та ін. В акті суду про встановлення режиму роздільного проживання врегульовуються питання майна та виховання дітей. Обидві сторони протягом цього періоду однаковою мірою відповідають за утримання дітей. Подружжя може обрати законне роздільне проживання як засіб перевірки того, чи є сенс подавати на розлучення. У багатьох випадках сепарація є попередньою стадією розлучення, хоча може закінчуватися й примиренням подружжя та збереженням сім'ї.

10.3. Права та обов'язки подружжя

в континентальному

та англо-американському праві

Права та обов'язки подружжя (чоловіка та дружини) виникають на підставі офіційно зареєстрованого відповідно до діючого у даній державі порядку шлюбу.

У регулюванні особистих немайнових відносин подружжя сучасне законодавство зарубіжних країн виходить із загального принципу рівності чоловіка та дружини. Хоча ще до порівняно недавнього часу (середина минулого століття) особистий статус чоловіка та жінки в сімейних відносинах визначали положення щодо панівного становища чоловіка, його провідної ролі в сім'ї. Нині в законодавстві цих країн уже немає терміна «глава сім'ї», чоловік і жінка є рівними в правах та обов'язках.

Основними питаннями немайнового характеру, які врегульовано законом, є визначення місця проживання, вибір прізвища подружжя, участь у вирішенні справ сім'ї.

Законодавство країн континентальної правової системи (зокрема Франції та ФРН) зобов'язує подружжя взаємно вирішувати всі питання життя сім'ї, здійснювати духовне управління сімейними справами, за взаємною згодою визначати місце проживання сім'ї. Закон (пар. 1353 НЦК, ст.215 ФЦК) зобов'язує чоловіка та дружину проживати разом, а також дозволяє кожному з них самостійно визначати собі рід занять, обирати професію, визначати сферу діяльності. За німецьким законом перевага надається спільному прізвищу подружжя, яке визначається або прізвищем чоловіка, або прізвищем дружини. У Франції дружина має право залишити за собою в шлюбі дівоче прізвище або обрати прізвище чоловіка.

Законодавчі акти кожної держави містять й інші норми щодо особистих немайнових відносин чоловіка та дружини. Одні з них мають суто декларативний характер, за природою є конституційними чи цивільно-правовими, оскільки визначають загальний статус особи. Інші — навпаки, містять конкретні сімейно-правові обов'язки, дотримання яких забезпечується певними санкціями або уповноважує іншу сторону подружжя на певні дії. Зокрема, відповідна норма Французького цивільного кодексу зобов'язує чоловіка та дружину до взаємної вірності, допомоги та підтримки. Якщо один з них порушує ці обов'язки, то інший має право ініціювати розлучення.

У країнах англо-американського права (тут — Англія та США) особисті немайнові відносини подружжя врегульовано дещо інакше. Чоловік і дружина зобов'язуються створити так званий подружній консорціум, обов'язковим елементом якого, зокрема, є обов'язок їх спільного проживання, надання одне одному підтримки та певних послуг. Порушення одним з них цього консорціуму дозволяє іншому пред'явити позов про стягнення з винного компенсації (деліктний позов про втрату консорціуму).

Право на прізвище та його зміну врегульовано в Англії та США нормами загального права безвідносно до подружнього (сімейного) статусу: кожна людина вправі обирати собі ім'я та прізвище незалежно від укладення чи припинення шлюбу на власний розсуд; у тому числі це передбачає й можливість узяти прізвище чоловіка (дружини) при реєстрації шлюбу чи під час перебування в шлюбі.

Більш розвиненими в зарубіжному праві є норми, що регулюють майнові відносини подружжя: правовий режим майна чоловіка та дружини у шлюбі, порядок управління майном, утримання сім'ї, порядок надання утримання одним з подружжя іншому.

Відносини подружжя з приводу майна, яке знаходиться в їхньому користуванні й розпорядженні та набувається ними за час шлюбу, регулюються законом (легальний режим майна подружжя) або шлюбним договором (договірний режим майна подружжя).

У шлюбному договорі визначаються права та обов'язки подружжя стосовно майна, яке належало кожному з них до шлюбу, набуте за час шлюбу, порядок поділу його на випадок припинення (розірвання) шлюбу, а також інші майнові відносини: утримання

дітей або родичів, інших членів сім'ї, розмір участі кожного у витратах на утримання сім'ї, маєтку тощо. Якщо виникають спірні відносини з приводу майна подружжя, вони будуть вирішуватися на основі положень цього шлюбного договору. Однак договірний порядок регулювання майнових відносин подружжя застосовується громадянами не завжди. Як правило, до нього звертаються більш заможні сім'ї, а більшість громадян у разі укладення шлюбу погоджуються з легальним (законним) режимом їхнього майна.

У практиці США застосовуються дошлюбні угоди — контракти, що укладаються нареченими перед одруженням. У них передбачаються правила поділу майна на випадок розірвання шлюбу або смерті одного з подружжя, зобов'язання чоловіка та/або дружини майнового характеру, зобов'язання щодо існуючих (роз'їдливих) або майбутніх спільних дітей та інші. Найчастіше такі угоди спрямовані на захист спадкових прав нащадків.

Дошлюбні угоди підкоряються вимогам контрактного права. На практиці суди наполягають також на деяких інших умовах, дотримання яких є обов'язковим, інакше може спричинити недійсність такої угоди. Однією з таких вимог є повне розголошення активів і пасивів обох сторін перед укладанням такої угоди. Це дозволяє кожному з подружжя бути обізнаним щодо боргів, зобов'язань іншого, їх кількості й обсягів та усвідомлювати справжній зміст угоди, що укладається. Інша вимога — справедливість і прийнятність для сторін умов дошлюбної угоди, інакше вона не буде користуватися позовним захистом.

Закони різних країн не однаково регулюють майнові відносини подружжя. При цьому немає єдиного підходу, наприклад, для країн континентального права чи англо-американської правової сім'ї. Так, у Франції та деяких штатах США діє законний режим спільності майна подружжя, за якого майно, а також доходи від майна та професійної діяльності, набуті чоловіком і дружиною за час шлюбу, належать їм обом на праві спільної власності. При цьому речі (кошти), які належали кожному з них до шлюбу, або одержані за час шлюбу в дар чи в порядку спадкування, є роздільною власністю кожного з них.

У німецькому, англійському та праві більшості штатів США закріплено принцип роздільності майна подружжя: майно, яке належало кожному з подружжя до шлюбу, а також будь-яке майно придбане в будь-який спосіб під час шлюбу належить кожному з них окремо на праві особистої приватної власності. Для забезпечення інтересів подружжя, особливо інтересів заміжніх жінок, законодавство окремих країн містить певні гарантії. Так, закони Англії та деяких штатів США передбачають можливість визнання за одним з подружжя права на частку в майні іншого, закріплюють принцип справедливого поділу майна, набутого за час шлюбу, відповідно до внесків кожного з подружжя, або встановлюють режим спільності на найбільш важливі види майна, набутого у шлюбі (будинки, земельні ділянки та ін.).

У деяких європейських країнах, зокрема в скандинавських (Швеція, Норвегія, Данія), існує режим відкладеної спільності майна подружжя: у шлюбі все майно, як дошлюбне, так і набуте за час шлюбних відносин, належить чоловікові та дружині на

праві роздільної власності; кожен з них розпоряджається ним самостійно. У випадку розлучення майно, набуте за час шлюбу об'єднується й поділяється між ними порівну. Іншими словами, у шлюбі діє режим роздільності, у разі його розірвання — режим спільності.

Проблема утримання сім'ї та утримання чоловіком чи дружиною іншого з подружжя вирішується в зарубіжних країнах неоднаково. За німецьким законодавством на кожного з подружжя покладено обов'язок брати участь в утриманні сім'ї та обов'язок взаємного утримання одне одного. Згідно з законами Франції, Англії та США обов'язок утримання сім'ї покладено на чоловіка, який зобов'язаний, у тому числі матеріально, забезпечувати і свою дружину. Чоловік може претендувати на утримання з боку дружини лише в разі його хвороби, нещасного випадку в побуті чи на виробництві та з досягненням певного віку.

Забезпечується право чоловіка чи дружини на утримання через інститут аліментних зобов'язань : якщо утримання не надається добровільно, то воно стягується в примусовому порядку у вигляді систематичних виплат на користь особи, яка його потребує. Аліменти зазвичай стягуються у вигляді щотижневих чи щомісячних виплат, які має здійснювати один з подружжя на користь іншого задля його матеріальної підтримки протягом певного часу або необмежено. Як правило, смерть платника чи одержувача аліментів припиняє аліментне зобов'язання. Повторний шлюб одержувача, істотні зміни у матеріальному становищі будь-якої із сторін можуть бути підставою для зміни розміру аліментів. Така можливість існує, якщо в судовому рішенні чи ордері про аліменти не буде застережено іншого.

Розмір аліментів законом не встановлюється. Його визначення віддане на розсуд суду, який насамперед буде виходити з можливостей платника аліментів і потреб одержувача та врахує, зокрема, такі обставини: матеріальне становище одержувача аліментів, його спроможність самостійно заробляти собі на життя; час, що потрібен дружині, яка вимагає аліментів, для того, щоб здобути (поновити) освіту та повернутися на ринок праці; рівень життя сім'ї під час шлюбу; тривалість шлюбу; вік обох сторін; фізичний і душевний стан особи, що одержуватиме аліменти; фінансове становище платника аліментів.

У тих штатах США, в яких встановлено режим роздільності майна подружжя, інтереси подружжя, окрім аліментів, можуть забезпечуватися також так званім майновим врегулюванням, суть якого полягає в реалізації згаданого вище принципу справедливого поділу майна подружжя у разі розірвання шлюбу . Критерії такого справедливого поділу шлюбного майна, які повинні враховуватися судом, визначено Уніфікованим законом про шлюб та розлучення. До них віднесено: тривалість шлюбу, попередні шлюби кожної зі сторін, будь-які дошлюбні угоди, вік, стан здоров'я, працездатність, заробіток, зобов'язання та потреби кожної зі сторін, інші види доходів, у тому числі аліменти, які вже одержує сторона, на користь якої присуджується майнове врегулювання.

10.4. Правовідносини батьків і дітей

у зарубіжних цивільно-правових системах

У зарубіжних країнах юридичним фактом, на підставі якого виникають правовідносини батьків і дітей, є відповідно засвідчене природне походження дитини від батьків. Разом тим, у сучасному світі поширюється теорія, згідно з якою батьківські відносини розглядаються не як суто біологічні, а як соціальні; відповідно розвивається концепція соціального материнства і батьківства, яке захищається законом і за якого біологічне походження дитини може мати другорядне значення.

Установлення факту батьківства в усіх країнах має свої особливості. Разом з тим, існують певні загальні підходи до вирішення цієї проблеми. Насамперед за правом усіх країн народження дитини жінкою, яка перебуває в офіційному шлюбі, створює презумпцію, що батьком дитини є чоловік цієї жінки. Встановлюється походження дитини від батьків на підставі їх спільної заяви в момент реєстрації народження. Таке батьківство вважається законним.

Якщо чоловік помирає до народження дитини, то дитина вважається такою, що походить від цього чоловіка, якщо вона народжується протягом 300 (ст. 311 ФЦК) або 302 (пар. 1592 НЦК) днів з дня його смерті.

Юридичний зв'язок між батьком і позашлюбною дитиною встановлюється шляхом легалізації дитини, яка відбувається внаслідок подальшої реєстрації шлюбу батьками дитини, добровільного визнання батьківства, встановлення батьківства в судовому порядку. Добровільне визнання батьківства оформляється відповідною заявою чоловіка, який вважає себе батьком дитини. Інколи можлива навіть більш спрощена процедура. Так, у деяких штатах США достатньо лише заповнити й підписати відповідний бланк в офіційному органі штату (найчастіше в окружного клерка), в окремих штатах достатньо, щоб такий батько просто забрав дитину до себе (визнав її фактично).

Позови про встановлення батьківства найчастіше, звичайно, подаються матір'ю дитини. Якщо суд визнає відповідача батьком, то у відповідному акті суду буде встановлено й обов'язок його утримувати дитину. Визначальним фактором у вирішенні справи будуть інтереси дитини. Ключову роль можуть мати результати медичної (біологічної, генетичної) експертизи. Суди, розглядаючи питання, враховують складність захисту у таких справах і намагаються діяти за принципом відсутності будь-якої підстави для сумніву, хоча в багатьох випадках критерієм може виявитися перевага доказів.

Слід зазначити, що статус дітей, які народжені у шлюбі, та позашлюбних дітей однаковий не в усіх країнах.

Аналогічні до батьківських за змістом правовідносини виникають на підставі акту усиновлення. Правовий статус усиновлених дітей за правом усіх країн прирівнюється до статусу дітей, що народжені у шлюбі.

У регулюванні правовідносин дітей і батьків визначальною є ідея батьківської влади (батьківського авторитету) у країнах романо-германської правової системи та батьківської охорони, під яку потрапляє дитина з моменту народження — в англо-

американському праві. Батьківська влада розглядається як сукупність особистих немайнових та майнових прав та обов'язків батьків, а батьківська охорона дитини підрозуміває насамперед сукупність прав батьків стосовно дитини. Батьківська влада (охорона) здійснюється виключно з метою захисту інтересів дитини.

Стосовно законної чи усиновленої дитини батьківська влада (охорона) здійснюється батьком і матір'ю рівною мірою. Правомочності батьківської влади щодо позашлюбної дитини належать тільки матері. Обов'язки батька в такому разі обмежуються утриманням (виплатою аліментів) до досягнення певного віку (найчастіше повноліття).

Батьки здійснюють свої обов'язки стосовно дитини до досягнення нею повноліття, після чого вона набуває повної цивільної дієздатності та є самостійним учасником цивільного обороту. З моменту повноліття відносини між батьками та дітьми регулюються загальними нормами цивільного права та ґрунтуються на звичаях, релігійних нормах, моральних засадах суспільства, конкретної родини. До досягнення дітьми повноліття батьки визначають їхнє місце проживання, вирішують питання майнових прав, дають дозвіл на укладення шлюбу, дозволяють емансипацію неповнолітнього, дають згоду на здійснення певної діяльності та ін.

Батько та мати зобов'язані виховувати дитину; забезпечити її безпеку, належний фізичний і моральний розвиток, дати їй освіту, захищати від посягань третіх осіб на її життя, здоров'я, особистість, майно; забезпечити утримання відповідно до соціального рівня сім'ї; управляти майном, яке належить дитині, в її інтересах; відповідати за шкоду, завдану дитиною, у випадках, якщо вона ще не спроможна нести самостійну відповідальність.

Майнові відносини батьків і дітей, переважно виражаються в утриманні (аліментуванні), яке є обов'язковим у більшості країн до досягнення 18 років. У деяких країнах строк виплати аліментів установлюється судом. Наприклад, в Англії вони можуть призначатися до досягнення дитиною 21 року. У Німеччині серед осіб, на користь яких стягуються аліменти, переважне право на їх отримання мають позашлюбні діти.

Батьки представляють інтереси дитини в суспільних відносинах, за винятком певних сфер (визнання батьківства, укладення шлюбу та ін.).