**Міністерство освіти і науки України**

**Національний авіаційний університет**

**Навчально-науковий Юридичний інститут**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

(назва інституту (факультету))

**Кафедра \_цивільного права і процесу\_\_\_\_\_\_**

(повна назва кафедри)

**Конспект лекцій**

з дисципліни «Порівняльне приватне право»

за напрямом (спеціальністю) 6.030401 «Правознавство»

(шифр та повна назва напряму (спеціальності)

Укладач: д. ю. н., професор

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_Т.М. Ямненко

(науковий ступінь, вчене звання, П.І.Б. викладача)

Конспект лекцій розглянутий та схвалений

на засіданні кафедри цивільного права і

процесу\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

(повна назва кафедри)

Протокол № 8від «29» серпня 2018 р.

Завідувач кафедри\_\_\_\_\_\_\_\_ С.Вишновецька

**Лекція № 1**

**Тема 1.1:** **Поняття порівняльного приватного права.**

**План**

1. Сутність приватного права.

2. Теорія дуалізму приватного права (поділу приватного права на цивільне і комерційне).

**Література:** [1]; [2]; [3]; [4]; [5]; [6]; [7]; [8]; [9]; [10]; [11]; [12]; [13]; [14].

**Зміст лекції**

**До питання 1: Сутність приватного права.**

Традиційні наші уявлення про право і спроби зараз розмежувати право публічне і право приватне потребують певних досліджень, в основу яких буде покладено осмислення попереднього досвіду. Відомий німецький вчений Ф.Савіньї зазначав з цього приводу, що у публічному праві ціле є метою, а окрема людина має другорядне значення (слід зазначити, що ми з таким розумінням права прожили певний і досить тривалий історичний відрізок). У приватному праві окрема людина є метою, є ціллю, а ціле як держава є тільки засобом. Таким чином, бачимо, що право справді є цілісним, і цілісність права визначає його поділ на приватне і публічне, де держава і особа у кожному з підходів, у кожному з бачень можуть розглядатись як першорядне або другорядне.

Право як соціальне явище зародилось у Стародавньому Римі саме у вигляді приватного права і вже тоді розглядалось як цілісність. Принципами, які можуть розкрити сутність приватного права, як вказував Ієрінг, є юридична рівність суб’єктів, юридична автономність суб’єктів права, свобода договору та диспозитивність.

В основу поділу права на публічне і приватне покладені принципи приватного права, які визначають правове становище суб’єктів права, інтереси, втілені у праві, форми дії права, особливості правового регулювання.

Якщо публічне право опосередковує ставлення держави до особи і виражає інтереси суспільства в цілому, то **приватне право захищає інтереси окремої особи**. Такий поділ права вважали зразковим багато століть тому. Поділ права на публічне і приватне був очевидним для більшості юристів романо-германської школи. Разом з тим, протягом всієї історії розвитку юриспруденції здійснювалося багато спроб визначити **чіткі критерії розмежування публічного і приватного права**.

За критерієм, який покладається в основу зазначеного поділу, відповідні **наукові концепції** можна поділити на:

**1) «матеріальні»**, які використовують для розмежування приватного права і публічного права категорії користі, мети, інтересу, суспільних відносин, юридичних відносин;

**2) «формальні»**, які вирізняють ці галузі права з позицій, зокрема, суб’єктного складу учасників відносин, становища суб’єктів (свобода волевиявлення і наказ, автономія і влада, централізація і децентралізація), форм захисту, наслідків порушення права);

**3) «змішані»**, які є своєрідним синтезом перших двох і використовують як матеріальні, так і формальні критерії, скажімо: характер інтересу та суб’єктний склад (Г. Шершеневич, М. Планіоль), особливості юридичних відносин та форми захисту порушеного права (Ю. Гамбаров), спосіб захисту відповідного права та характер інтересу (Г. Дернбург), метод правового регулювання та суб’єктний склад правовідносин (Л. Еннекцерус, В. Бєлих).

Новим напрямом порівняно з римською школою права є інша концепція, що виходить з **критерію формального характеру**, відповідно до якого до публічного права належать норми, що регулюють відносини, які охороняються в карному або адміністративному порядку, тоді як приватноправові відносини захищаються цивільними судами з ініціативи приватних осіб. Але і ця теорія не набула широкого визнання, оскільки не пояснювала кримінально- та адміністративно-правовий захист приватноправових інтересів, наприклад, приватної власності, а в кримінальному праві багатьох країн існують норми, спрямовані на захист сімейних відносин, тощо.

Проблема розмежування приватного і публічного права також має філософські, теоретичні, методологічні та методичні аспекти. Необхідність утвердження приватного права випливає з положень Конституції України, яка визначає, «що» потрібно робити в галузі прав і свобод громадян (у сфері приватного права) та публічної влади (публічного права). Відповідь на те, «як» це слід робити, і є методологією.

Методологія права – стратегія, визначення шляхів досягнення головних цілей в галузі правового регулювання. Якщо на філософському (ідеологічному) рівні досліджуються питання «чому» чому слід робити так, а не інакше), на рівні теорії визначається «що» (що має бути зроблено), то на питання «як» відповідають методологія (на рівні стратегії) та методика (на рівні тактичних дій).

Вважається, що приватному праву притаманні наступні *ознаки:*

1) приватне право тому й називається приватним правом, що створюється “приватним чином”, тобто незалежно від держави самими суб’єктами суспільних відносин. Первинне приватне право - це сукупність норм і відносин, створених самими суб’єктами цих відносин у порядку самоорганізації і саморегулювання, в основному з допомогою такого інструменту, як договір. З іншого боку, приватне право включає в себе систему норм, створених державою, з метою регулювання приватноправових відносин в основному в майновій сфері. Отже, характерною ознакою приватного права є встановлення правовідносин між приватними особами, жодна з яких не виступає від імені державних органів, не уособлює державу (не є фігурантом держави);

2) сферою дії приватного права є громадянське суспільство, яке розуміють як систему приватноправових зв’язків поза контролем держави. При цьому держава виступає в ролі засобу щодо приватноправових відносин, вона покликана захищати і реалізовувати ці відносини з допомогою системи державних засобів примусу;

3) приватне право ґрунтується на правових поглядах, домінуючих у даному соціумі в даний час, які наповнюють певним соціально-психологічним змістом форми існування приватного права;

4) нормативну основу первинного приватного права складають приватні договори, узвичаєння, звичаї приватного обігу, загальні принципи приватного права і т.п.;

5) самоорганізація і саморозвиток у рамках приватного права здійснюються шляхом координації в децентралізованому порядку. Отже, характерною ознакою приватного права є юридична рівність учасників приватних відносин (хоча слід зазначити, що координаційні відносини не є монополією приватного права, а відносини субординації – монополією публічного права. Наприклад, відносини між неповнолітніми дітьми і батьками є відносинами субординації. Відносини між органами місцевого самоврядування того самого рівня, хоча вони і регламентуються положеннями публічного права, вважаються відносинами координації.).

Крім цього, характерними ознаками приватного права є: визнання пріоритету інтересів окремої (приватної) особи (суверенітету індивіда); ініціативність сторін при встановленні приватних відносин; вільний розсуд при виборі правил поведінки, прямо не заборонених законом; позовний порядок захисту інтересів суб’єктів у суді.

**Основною (сутнісною) ознакою** приватного права, яка дає можливість більш-менш чітко відмежувати його від права публічного та розкриває специфіку приватноправового регулювання суспільних відносин є встановлювана ним **юридична рівність** учасників приватних правовідносин. Юридична рівність як передбачена законодавством загальна здатність суб’єктів однаковою (рівною) мірою володіти певними юридичними правами й обов’язками у правовідносинах між ними **проявляється, зокрема, у тому, що:** 1) учасниками приватних правових відносин завжди виступають особи (фізичні або юридичні), обсяг правоздатності яких є формально однаковим (рівним) за винятком деяких законодавчих обмежень. Зміст та обсяг правоздатності учасників приватних правових відносин не залежать від таких факторів, як громадянство фізичної особи, місцезнаходження певного органу чи установи в ієрархічній структурі державного механізму тощо; 2) учасники приватноправових відносин є взаємно незалежними (непідпорядковуваними). У приватному праві ніхто з його суб’єктів не може нав’язувати свою волю іншому. Ніхто не може бути змушений вступати чи не вступати у приватні правовідносини. Правочин, вчинений особою проти її справжньої волі внаслідок застосування до неї фізичного чи психічного тиску з боку другої сторони або з боку іншої особи, визнається судом недійсним (ст.231 ЦК України).

**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, складають 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 збігається через **розбіжності в змісті приватноправових 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.

Основною складовою приватного права є **цивільне право**. До приватноправової частини права слід також віднести **авторське і винахідницьке право**. Тільки невелика група правових норм, наприклад, пов’язаних із захистом державної таємниці, тут належить до сфери публічного права. Якщо погодитися з твердженням, що і **сімейне, і спадкове право** є окремими від цивільного права галузями права, то і їх слід віднести до приватного права. **Корпоративне право** як швидко прогресуючий інститут цивільного права з врахуванням його можливого виділення в окрему галузь права також займе відповідне місце в системі приватного права. Зважаючи на згадані вище основні принципи приватного права, можемо віднести до підсистеми приватного права ще й **трудове право**. В сучасний період незначна частина трудових правовідносин у багатоукладній економіці залишається публічно-правовими.

**Публічне право** – сукупність галузей права, які регулюють відносини, що забезпечують загальний (публічний) інтерес, на відміну від галузей права, спрямованих на захист приватного інтересу (приватного права).

**Приватне право** – спрямовує свою дію на приватних осіб, громадян і регулює майнові та деякі особисті немайнові відносини (наприклад, сімейні).

Поділ права на публічне і приватне має практичне значення, оскільки спори з приводу публічних прав розглядаються не в судах загальної юрисдикції, а в адміністративних судових органах. Розширення використання публічно-правових засад у сфері регулювання відносин власності, договірних зв’язків, з одного боку, і одночасне застосування приватноправових інститутів для реалізації публічних потреб – з іншого, ускладнили проблему розмежування публічного і приватного права.

Отже, відродження приватного права, норми якого регулюють на засадах децентралізації та диспозитивності всі майнові та особисті немайнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні та майновій самостійності суб’єктів, що складають його сферу, є на сьогодні неминучим наслідком вільного економічного розвитку, правовою базою для формування громадянського суспільства.

**До питання 2. Теорія дуалізму приватного права (поділу приватного права на цивільне і комерційне).**

**Дуалізм приватного права** залишається актуальним явищем сучасного світу, здебільшого притаманним країнам континентальної Європи, ряду держав Близького Сходу, Центральній та Південній Америці, які в силу історичних традицій зазнали значного впливу романо-германської правової доктрини. Він виник у Західній Європі у зв’язку з появою в середні віки особливого купецького, або торгового, права, що регулювало комерційні відносини між членами купецьких гільдій. Революції у Франції та інших країнах Західної Європи знищили становий характер суспільства, проголосили свободу промислу, тобто формально право кожної особи займатися підприємницькою діяльністю. Внаслідок цього відпала одна з основних причин існування відособленого купецького права. Однак дуалізм приватного права було збережено.

Проблему дуалізму визначає співвідношення між цивільним і торговим (комерційним, підприємницьким) правом. У Франції, Німеччині, Іспанії, Португалії, Японії, в державах Латинської Америки та в інших країнах романо-германської сім’ї правових систем були прийняті торгові кодекси, а в більшості з них також створені й особливі торгові суди. В Англії торгове право поступово розчинилося в загальному праві і на початок ХІХ ст. остаточно ним поглинулося.

**Аргументи**, на які посилаються для обґрунтування дуалізму приватного права в західній юридичні літературі, як правило, зводяться до того, що деякі правові положення стосуються винятково комерсантів (зокрема, правила про торгову реєстрацію, торгову фірму, торгову звітність та ін.). **Торгове право**, порівняно з правом цивільним, ґрунтується на інших **засадах:** йому не властивий формалізм, воно інтернаціональне за своєю природою, швидше пристосовується до змін господарського життя суспільства. Нарешті, існують істотні розбіжності в регулюванні цих галузей права і деякими окремими інститутами права. Наприклад, у торговому праві ширше застосовується безвинна, «сувора» відповідальність. Щодо норм цивільного права норми торгового права розглядаються як спеціальні. Це означає, що у разі колізії між ними насамперед мають застосовуватися приписи торгового права і лише за їх відсутності – цивільно-правові норми.

У зарубіжній доктрині **дуалізм приватного права** традиційно розглядається як відокремлення норм, які регулюють комерційну (торгову) діяльність, від загальних норм цивільного права. Дуалізм існує на противагу монізму, за якого норми торгового обігу підпорядковані цивільному праву та вмонтовані в його систему. Відповідно розрізняють держави з дуалістичною та моністичною системами приватного права. Формально зазначений дуалізм проявляється, насамперед, у наявності двох відносно самостійних систем джерел права, тобто одночасному існуванні цивільних і торгових кодексів. Так, у континентальному європейському праві традиційно розділені норми цивільного і комерційного права розміщуються у двох кодексах – цивільному і комерційному. До країн, де має місце «дуалізм приватного права», належать **Франція, Німеччина, Іспанія, Португалія, Італія, Греція, Японія** та інші.

«Дуалізацію» приватного права супроводжують два процеси. З одного боку – поглиблення розмежування цивільного та господарського права через відокремлення господарського (комерційного) законодавства та його кодифікацію. З іншого боку, відбувається і певна зміна окремих норм цивільного законодавства під впливом комерційної практики. Такий процес отримав назву «комерціоналізації цивільного права».

Однак мають місце і поодинокі випадки відмови від подібного дуалізму. Так, в Італії, яка є батьківщиною дуалізму приватного права, відмовилися від подібного поділу на цивільне і господарське законодавство і прийняли єдиний Цивільний кодекс. Від дуалізму законодавства в галузі приватного права позбавилися Швейцарія та Нідерланди. Однак феномен дуалізму приватного права значно глибший, аніж сама проблема співіснування таких кодексів; він може існувати навіть у не кодифікованій правовій системі.

Фахівці класифікують дуалізм приватного права на **два види**: 1) **класичний**, що виявляється в паралельному існуванні двох незалежних систем приватного права – цивільного і торгового, та 2) **квазідуалізм**, який виявляється лише на формальному рівні – в існуванні двох кодексів (цивільного й торгового) за єдиної системи приватного права.

Дуалізм приватного права породжує проблему розмежування сфери дії цивільного і торгового права. У законодавстві західних країн ця проблема розв’язується шляхом визначення осіб, визнаних комерсантами (підприємцями), а також установлення кола угод, що вважаються торговими.

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).

**Цивільне право** – основоположна галузь приватного права, фундамент європейської системи права (цивільне право Франції, успадкувавши багаті традиції римського приватного права, збагатило їх і пристосувало до сучасного етапу розвитку цивілізацій; воно здійснило в минулому і продовжує здійснювати сьогодні вплив на розвиток багатьох правових систем).

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.

**Торгове право** ґрунтується на положеннях цивільного і є відносно 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.

В цілому ж аналізуючи співвідношення комерційного права з цивільним правом, можна зазначити, що одні автори *в країнах континентального права* приходять до висновку, що комерційне право співвідноситься з цивільним як спеціальне і загальне, інші – підкреслюють самостійність комерційного права. *В країнах загального права* структура приватного права відрізняється від прийнятої в романо-германській правовій системі, і тут поняттю комерційного права більше відповідає термін «Business Law». Відносини, які в континентальному праві є предметом комерційного права, в країнах загального права регулюються нормами таких розділів приватного права, як корпоративне право, договірне право, право власності. Для системи загального права проблема дуалізму приватного права не є актуальною. Об’єктивно існуючі комерційні правовідносини в Англії переважно регулюються торговими звичаями, які з часом перетворюються на норми прецедентного 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).

Вже з назви **комерційного права зарубіжних країн** випливає, що його **поняття характеризується двома ознаками:** 1) комерційним (торговим) характером регульованих відносин і 2) національними особливостями регулювання цих відносин.

**Комерційне право** – це сукупність загальних і спеціальних норм цивільного права, що регулюють майнові і пов’язані з ними особисті немайнові відносини між особами, які здійснюють підприємницьку діяльність, або з їх участю, основані на рівності, автономії волі і майновій самостійності їх учасників.

Комерційне (торгове, підприємницьке) право зарубіжних країн також розглядається як розділ приватного права.

**Співвідношення комерційного і цивільного права** в різних країнах може мати особливості, що визначаються належністю країн до тієї чи іншої системи права.

Відмінною особливістю **континентальної системи права** є характер джерел права. Основним джерелом права тут виступають закони, кодифіковані кодекси, стосовно приватного права – це окремі цивільний і торговий кодекси. Проте в ряді країн континентальної системи права немає торгових кодексів (Італія, Голландія, Швейцарія), норми торгового права містяться в цивільних кодексах або окремих законах.

В рамках континентальної системи права розрізняють **пандектну і інституційну** системи розміщення інститутів приватного права.

**Пандектна** система розміщення інститутів приватного права була розроблена німецькими правознавцями і покладена в основу НЦУ 1896 р. Згодом вона була сприйнята рядом країн, включаючи Україну. Суть пандектної системи полягає в особливому розміщенні правового матеріалу шляхом виділення в рамках кодексу загальної і особливої частин, об’єднання правових норм у підгалузі (речове право, зобов’язальне право, спадкове право і т.п.), встановлення формальної ієрархії правових норм. У такій системі права комерційне право співвідноситься з цивільним правом як спеціальне і загальне.

**Інституційна** система виражається в розміщенні правового матеріалу за інститутами без виділення загальної частини. Так, в основу ФЦК покладена інституційна система, виділяються окремі інститути: особи, речі, позови і т.п. У такій системі права, при виділенні поряд з цивільним кодексом торгового кодексу, комерційне право розглядається як самостійна галузь права, що, проте, не виключає взаємовпливу норм цивільного і комерційного права.

Особливістю **системи загального права** є коло джерел права, основними з яких є не нормативні правові акти, а прецеденти (судова практика). Цивільне і торгове право Великобританії і США, за винятком окремих штатів, не кодифіковане (в європейському розумінні кодифікації). Не належить у цьому розумінні до кодифікованого акта й ЄТК США.

Отже, **комерційне право зарубіжних країн**, незважаючи на певні особливості національного характеру, можна визначити як підгалузь приватного права, сукупність загальних і спеціальних норм цивільного права, що регулюють комерційні відносини. Виникаючи між підприємцями (комерсантами) або з їх участю, комерційні відносини регулюються методами, особливість яких зводиться до рівності, автономії волі і майнової самостійності їх учасників.

**Особливості вивчення іноземного цивільного і торгового права:**

1) допомагає покращити національне право своєї країни;

2) сприяє правильному розумінню і застосуванню іноземного цивільного і торгового права;

3) сприяє розвитку повноцінної правової системи.

**Основні принципи розвитку цивільного і торгового права:**

1) рівність громадян перед законом;

2) недоторканність приватної власності;

3) свобода договору.

**Лекція № 2**

**Тема 1.2: Джерела цивільного і торгового права зарубіжних країн.**

**План**

1. Поняття та види джерел цивільного і торгового права зарубіжних країн.
2. Джерела цивільного і торгового права в країнах континентальної правової системи.
3. Джерела цивільного і торгового права Англії і США.

**Література:** [15]; [16]; [17]; [18]; [19]; [20]; [21]; [22]; [23]; [24]; [25]; [26]; [27]; [28].

**Зміст лекції**

**До питання 1. Поняття та види джерел цивільного і торгового права зарубіжних країн.**

Джерела цивільного і 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 апріорно обов’язковими, і які в межах кожної держави утворюють у сукупності цілісну систему.

Джерелами цивільного і торгового права в зарубіжних країнах є:

1) **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 і 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 і галузеві закони мають однакову юридичну силу;

2) **міжнародні угоди** – різноманітні договори, конвенції тощо, які стосуються сфери приватного права, інкорпоровані в національні правові системи, внаслідок чого вони стають їх частиною;

3) **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 підпорядковуватись йому. 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;

4) **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;

5) **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”. В останні роки роль судової практики як більш рухомого й чутливого інструменту регулювання суспільних відносин, аніж закон, дедалі зростає;

6) **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);

7) **узвичаєння** – 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. Узвичаєння поширені у сфері міжнародної торгівлі. Інколи вони втілюються в нормативно-правовому акті. Найбільш уживані торгові узвичаєння знайшли відображення в деяких документах міжнародних організацій, зокрема, у збірнику Правил інтерпретації міжнародних комерційних термінів “Інкотермс”, Єдиних правилах для документарних акредитивів та ін.;

8) **формуляри** – типові договори, які заздалегідь розробляються організаціями й пропонуються контрагенту для підписання. Останній не може ні змінити, ні обговорювати запропоновані у формулярі умови;

9) **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 з 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, не відчужуваність 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;

10) **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);

11) **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 зближення 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.

**До питання 2. Джерела цивільного і торгового права в країнах континентальної правової системи.**

Традиційно при класифікації правових систем виділяють дві великі правові сім’ї – англосаксонську (прецедентного права) і романо-германську (континентальну).

**Романо-германська правова сім’я, або система континентального права** існує в європейських країнах (Іспанія, Німеччина, Португалія, Франція, Швейцарія, за винятком Великобританії). Вона сприйнята багатьма країнами Латинської Америки, частково – Китаєм і Японією. Етимологічно термін походить від поняття «континентальна Європа». Саме в Європі історично сформовано континентальне право, в основі якого лежить римське право. Сучасна правова система України входить до романо-германської правової сім’ї, утворюючи в ній разом з правовими системами РФ та інших країн СНД самостійну «євразійську» групу. **Характерними для неї рисами** є визнання основним джерелом права закону, кодифікація і дуалізм, тобто роздільне існування цивільного і торгового законодавства у вигляді цивільних і торгових кодексів.

Держави, які входять до романо-германської правової сім’ї, грунтують національне приватне право на різних джерелах римського приватного права. При цьому в одних країнах (наприклад, у Німеччині, Франції, Чехії, Японії) прийнята дуалістична система приватного права: в них діють і цивільні, і торгові кодекси. В інших країнах прийнята моністична система: діють єдині цивільні кодекси (наприклад, в Італії, Швейцарії, Нідерландах).

Прийнято виділяти германську групу (Німеччина, Австрія, Швейцарія, Греція та ін.) і романську групу (Франція, Італія, Іспанія, Португалія, Бельгія, Люксембург, Голландія, Монако та ін.). В германській групі на наповнення джерел приватного права істотний вплив, крім римського права, здійснило германське звичаєве право.

Слід відзначити особливу побудову **германських кодексів.** Їх відрізняє наявність загальної і особливої частин і, відповідно, загальних і спеціальних норм, об’єднання правових норм у підгалузі і галузі, формулювання правових принципів, що застосовуються у відсутність спеціальних норм, а також при їх тлумаченні, встановлення суворої ієрархії правових приписів. В результаті для германського права характерне, зокрема, співпідпорядкування норм торгового і цивільного права, як спеціальних і загальних. Використання в законі досить абстрактних наукових словесних формул привело до ускладнення німецької юридичної мови, складності її сприйняття неспеціалістами.

В романській (французькій) же групі переважає інституційний метод побудови кодексів. Викладення логіки римського приватного права простою, доступною для розуміння мовою дозволило наблизити французькі кодекси до населення, зробити їх текст легкосприйнятним і зрозумілим.

**Торгові кодекси** були прийняті в більшості країн романо-германської правової сім’ї: у Франції, Бельгії, Люксембурзі (1807 р.), в Іспанії (1829, 1888 роки), Португалії (1833, 1888 роки), Нідерландах (1838 р.), Австрії (1862 р.), Ліхтенштейні (1865 р.), Німеччині (1897 р.), Туреччині (1956 р.) та ін.

У **Франції** найважливішим джерелом комерційного права є **Французький торговий кодекс**, прийнятий у 1999 р., який замінив застарілий ФТК 1807 р.

**Норми торгового права** розглядаються як спеціальні, але якщо якесь питання там не врегульоване, субсидіарно застосовуються положення цивільних кодексів. Діапазон застосування торгового права дуже широкий. Воно поширюється на транспортну, страхову, банківську та інші види діяльності, що мають за мету систематичне одержання прибутку. Багато з таких видів діяльності в даний час регламентуються окремими актами.

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, приватноправові 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 підпорядковані 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.

В Німеччині, як і у Франції, приватне право побудоване за дуалістичною системою. Торгове право розглядається як традиційна – поряд із цивільним – галузь німецького права, яку розуміють як спеціальне право підприємців і відносять до приватного права. Тому воно застосовується лише тоді, коли принаймні однією з учасників угоди є особа, яка визнається підприємцем на основі приписів Торгового кодексу. Цивільний кодекс застосовується в цих випадках субсидіарно, тобто за відсутності відповідних приписів у Торговому кодексі.

У **ФРН** цивільне право кодифіковане; система приватного права дуалістична. Основним джерелом є **Німецьке цивільне уложення**, яке в сучасній літературі також називають Німецьким цивільним кодексом, який був прийнятий в 1896 році та набрав чинності з 1 січня 1900 року.

Ще одним важливим законодавчим актом є **Німецьке торгове уложення** або як його ще називають Німецький торговий (комерційний) кодекс, який був прийнятий в 1897 році та набрав чинності з 1 січня 1900 року. Норми НТУ розглядаються як спеціальні, що мають пріоритет перед нормами НЦУ, які застосовуються субсидіарно до відносин, не врегульованих у НТУ.

Торгове право розглядається як спеціальне право підприємців. Сферою приватного права є корпоративне право приватноправових об’єднань, створюваних для досягнення певних спільних цілей.

Судова практика формально не є джерелом права в Німеччині. **Звичай** є джерелом цивільного права ФРН нарівні із законом. Саме німецьким правом звичаю відводиться найвище місце в ієрархії джерел. 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).

**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. Він одержав широке розповсюдження у світі, його значення порівнюють з рецепцією римського приватного права. Майже всі цивільні кодифікації, що здійснювалися в ХІХ ст. відчули вплив на них ФЦК.

Важливим джерелом став **Французький торговий кодекс** – основний кодифікований акт у сфері торгового (комерційного) права Франції, що був прийнятий у 1807 році. ФТК видавався як доповнення до ФЦК, загальні положення якого застосовуються і до торгових угод; він містить спеціальні правила, за відсутності яких застосовуються норми ФЦК. ФТК не мав такого поширення як Кодекс Наполеона, однак вплинув на законодавство окремих країн: Бельгії, Голландії, Греції, Іспанії, Португалії.

У 1993 році уряд вніс на розгляд у парламент проект нового кодексу, прийняття якого відбулося лише в 1999 році.

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 виявилося в не кодифікованому стані.

Судова практика офіційно не є джерелом цивільного й торгового права Франції. **Звичай** є джерелом цивільного й торгового права та застосовується аналогічно до германської цивільно-правової підсистеми.

Торгове законодавство **Швейцарії** не знає торгового кодексу. Торгові відносини регулюються **Швейцарським цивільним кодексом** 1907 р., Швейцарським зобов’язальним законом 1911 р. Швейцарський цивільний кодекс складається з чотирьох книг: 1) Суб’єкти права – особи фізичні і юридичні; 2) Сімейне право; 3) Спадкове право; 4) Право власності.

Кодифікація цивільного і торгового права **Нідерландів** є однією з найновіших. Тут замість Цивільного і Торгового кодексів 1838 р. прийнято єдиний Цивільний кодекс, який набирав чинності поступово, окремими книгами, починаючи з 1970 р.

Джерелом правового регулювання може виступати також **правова доктрина**, тобто загальновизнаний науковий погляд з приводу вирішення якогось правового питання.

**До питання 3. Джерела цивільного і торгового права Англії і США.**

Система загального права виникла в Англії в результаті діяльності судів і була згодом сприйнята практично у всіх країнах, які знаходились під владою чи політичним впливом англійської корони. Зароджена багато століть тому в Англії, система загального права одержала широке поширення у світі. До неї входять Великобританія, США, Канада (окрім Квебеку), Австралія, Нова Зеландія, Ямайка, Індія та інші держави.

Сильні позиції загального права і в більшості країн Британської Співдружності. Якщо в одних англійське право домінує (Багамські острови, Барбадос, Гренада, Ямайка і т.п.), то в інших воно застосовується за остаточним принципом, у відсутність норм національного права (Тонга), або за умови відповідності йому (Західне Самоа), або поряд з місцевим правом (Тувалу, Малаві та ін.), або зі значними особливостями, обумовленими впливом американського і романо-германського права (Канада, Нова Зеландія, Австралія).

Перша особливість загального права полягає в тому, що воно включає судову практику до кола джерел права. Друга особливість проявляється у збереженні деяких юридичних конструкцій феодального права для регулювання ряду важливих сфер суспільних відносин, в тому числі відносин власності на нерухомість. Третя полягає в тому, що цивільне право Англії і США (за винятком окремих штатів) не кодифіковане, точніше, в цих країнах немає кодексів європейського типу.

Крім того, в країнах системи загального права не прийнято акцентувати поділ права на публічне і приватне. Нарешті, і поділ права на галузі не має такого чіткого вираження, як у континентальних правових системах. В національних системах права країн цієї групи не надається спеціального значення поділу права на цивільне і торгове. Тут прийнято проводити відмежування загального права від статутного права. Статутним правом називають сукупність норм, що виражаються в актах законодавчих органів. Норми цивільного права містяться як у статутному, так і в загальному праві.

Від поняття «загальне право» відрізняють поняття «право справедливості», під яким розуміють норми, які історично склалися для захисту таких суб’єктивних прав, що не мали його в загальному праві Англії. Мова йде про принципи, закладені колись в Англії судами лорд-канцлера.

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, зокрема торгові, міжнародні угоди, справедливість, королівські прерогативи, канонічне право, розум, приватноправові угоди. До необов’язкових – закони зарубіжних країн, рішення зарубіжних судів, судова практика.

В американському праві обов’язковими джерелами вважаються Конституція, судові прецеденти, закони (статути), підзаконні акти, справедливість, торгові звичаї, міжнародні договори, приватноправові угоди. Як необов’язкові розглядаються доктрина, закон зарубіжних угод, рішення зарубіжних судів, судова практика.

В юридичній літературі США поняття «цивільне право» має два значення. В одному воно використовується для позначення права країни або її частини на противагу міжнародному праву. В другому значенні ним охоплюється сукупність правових норм на противагу кримінальному праву. Цивільне право включає правові норми, які регулюють встановлення, зміну або задоволення прав приватних осіб.

В американському праві поняттям «приватне право» охоплюються наступні інститути: контракти, зобов’язання з правопорушень, власність, сімейне право, право торгового обігу і підприємства бізнесу.

У сфері приватного права компетенція штатів практично не обмежена. Кожен із штатів може приймати закони у сфері договірного і деліктного права, земельного права, права компаній, страхового права і регулювання цінних паперів.

У деяких штатах (Каліфорнія, Північна і Південна Дакота, Джорджія, Монтана) діють цивільні кодекси. Але ці кодекси зовсім не нагадують європейські кодекси. В них відтворені норми, вироблені судовою практикою. Лише в одному штаті – Луїзіані – діє Цивільний кодекс європейського зразка – Цивільного кодексу Франції.

В англо-американській системі права закон формально має вищу юридичну силу, однак провідне місце посідає судовий прецедент. Тому вся система має назву системи прецедентного права. Вона передбачає обов’язковість для судів рішень, винесених в аналогічних справах вищим судом. Разом з тим, останнім часом і в Англії та в США спостерігається послаблення цього принципу.

Судова практика є джерелом права нарівні з законом, у регулюванні цивільних відносин вона має вагоміше 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.

В системі англійського права провідну роль відіграє прецедентне право. Звідси і процесуальна спрямованість англійського права; не існує чіткого розмежування між матеріальним і процесуальним правом. Літературними джерелами прецедентного права є різноманітні судові звіти й публікації судових рішень.

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. Майже всі інститути торгового права одержали законодавче закріплення, при цьому закони мають перевагу перед прецедент ним правом.

Звичай є також джерелом права в Англії.

В США прецедентне право також відіграє провідну роль у правовій системі, але 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.

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. 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.

Важливе значення має Єдиний торговий кодекс США або, як його ще називають, Уніфікований комерційний кодекс, який діє у всіх штатах, за винятком Луїзіани, Вірджинії та федерального округу Колумбія. Його було офіційно опубліковано в 1962 р. і прийнято в 1968 р.

При колізії норм ЄТК і положень федерального законодавства перевага віддається останньому.

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 узвичаєнь. Значну роль у регулюванні комерційних відносин у країнах системи загального права відіграють звичаї ділового обігу або торгові звичаї.

У Великобританії торговий звичай трактується як правило поведінки, яке настільки широко відоме в певній сфері торгового обігу, що його слід вважати частиною укладеного договору, якщо це не виключено сторонами в прямо вираженій або в такій, що мається на увазі, формі.

В США велике значення надається торговим узвичаєнням і заведеному порядку. ЄТК США визначає торгове узвичаєння як практику ділових відносин, дотримання якої в тому чи іншому місці, професії або сфері діяльності настільки постійне, що виправдовує очікування подібного дотримання також і у зв’язку з конкретною угодою. Заведеним порядком визнається одноманітність (однаковість) поведінки сторін у попередніх угодах між ними, що дозволяє розглядати її як основу з’ясування їх намірів у конкретній угоді.

**Лекція № 3**

**Тема 1.3: Звичаєве право та судовий прецедент як джерело цивільного і торгового права зарубіжних країн.**

**План.**

1. Звичаєве право як джерело цивільного і торгового права зарубіжних країн.
2. Судовий прецедент як джерело цивільного і торгового права зарубіжних країн.

**Література:** [15]; [16]; [17]; [18]; [19]; [20]; [21]; [22]; [23]; [24]; [25]; [26]; [27]; [28].

**Зміст лекції**

**До питання 1.** Звичаєве право як джерело цивільного і торгового права зарубіжних країн.

**Звичай у романо-германській правовій сім’ї.** Сім’я романо- германських правових систем виникла в Європі і склалася в результаті зусиль правників європейських університетів, які виробили і розвинули починаючи з XII ст. загальну для всіх юридичну науку. Романо-германська правова сім’я об’єднує різновиди права, що випливають з римського права ще античних часів, збагачених за рахунок таких джерел, як, наприклад, германські звичаї, дослідження середньовічних теологів чи філософія природного права. У період раннього середньовіччя в романо-германській системі домінував звичай. Доки не були створені перші писемні збірники законів, досить значною була роль тих, хто тлумачив правові звичаї. У давніх франків їх називали *рахінбургами,* у давніх скандинавів — *лагманами.* Оскільки у скандинавів значення правового звичаю зберігалося довше, ніж в інших народів, до нас дійшло й більше достовірних відомостей про діяльність лагманів.

Спочатку лагманів обирали на зборах кожного племені (ландстингах). Пізніше ця посада, яка вимагала знання напам’ять звичаїв того чи іншого племені, стала спадковою. Основними обов’язками лагманів у той час були: досконале знання правових звичаїв, виступ перед населенням на ланд- стингах з переказом і коментуванням звичаїв, створення або редагування нових правових звичаїв, якщо в цьому була необхідність, і доведення їх до відома населення на ландстингу для схвалення. Варто наголосити, що, трактуючи й коментуючи правовий звичай, лагман не мав права поряд із суддями брати участь у винесенні вироку або рішення у справі.

Під впливом реципованого римського права, а також затверджених королями збірників законів сфера застосування усного правового звичаю щораз більше звужувалася. Особливо активізувався цей процес у романо-германській системі з XIV ст. Мало схожі в окремих регіонах місцеві звичаї почали відходити на другий план під тиском правових норм, що виходили від королівської влади, яка зміцнювала свої позиції. Місцеві звичаї зберігалися лише в тому випадку, якщо внаслідок певного перегрупування вони одержали географічно ширшу сферу застосування і якщо була здійснена компіляція, яка б давала змогу легко ознайомитися з ними.

До великих *компіляційних робіт* можна зарахувати “Кутюми Бове” (у Франції), “Саксонське зерцало” (у Німеччині) і яко- юсь мірою так звані “Провінційні закони” (у Норвегії і Швеції), записані лагманами. Вражає фрагментарний характер цих ком- піляцій, зокрема французьких. Як правило, там зібрані лише ті звичаї, які стосувалися суспільних відносин, що існували до XIII ст. — сімейні відносини, земельний режим, спадкування. У цих сферах життя можна було зберегти старі норми, але звичаї не давали жодної бази для розвитку нових відносин. Вони були прийнятні для права якогось певного суспільства, але вони не могли утворити право народів і включити в себе ті відносини, які виходять за межі застосування законів.

З іншого боку, застосування правового звичаю стало активно стримуватися канонічним правом і так званим правом вчених і університетів. Але навіть при створенні великих компіляцій звичаєвого права останні не могли претендувати на всебічне, всеохоплююче регулювання існуючих суспільних відносин. І тому укладачі компіляцій і їхні редактори дійшли висновку про другорядне значення місцевого звичаю як джерела права. У міру розширення державного регулювання видавалося усе більше законів, які стосувалися публічного права (державне, кримінальне, адміністративне, процесуальне).

Однак не можна сказати, що у всіх сферах публічного права романо-германської системи звичай поступався місцем закону однаково швидко. Так, у Швеції і Фінляндії в Загальному укладенні 1734 р., у розділі, присвяченому процесуальному праву, було закріплене правило, за яким судді можуть застосовувати процесуальні звичаї, якщо в законі не передбачено відповідної правової норми. У Фінляндії, де цей розділ Укладення діяв до 1948 p., суддям дозволялося використовувати місцеві звичаї, підтверджуючи особистим оглядом письмові докази й свідчення фахівців. В основному сфера дії звичаю обмежується приватноправовими відносинами між окремими громадянами, тобто сферами цивільного, сімейного, земельного права.

**Місце звичаю в системі англосаксонської правової сім’ї.**

Друга більша система права поєднує законодавства, які випливають із права, розробленого в Англії королівськими судовими інстанціями ще з часів норманського завоювання (1066 р.). До історичних *джерел англійського права* автори зараховують за- гальне право, законодавство, канонічне право, місцеві звичаї, правила торгівлі.

В англосаксонській правовій сім’ї звичай спочатку займав провідне місце у системі джерел права. Можна сказати, що Англія після норманського завоювання керувалася в основному звичаєм: кожен манор, кожне графство мали свої звичаї. Деякі з них із місцевих перетворювалися на загальнонаціональні завдяки тому, що громади запозичували найбільш корисні з них. Мало того, повноваження королівського уряду також ґрунту- валися на звичаї. Для того щоб тогочасний звичай був визнаний судовими органами, йому не треба було володіти великою давністю. Середній вік звичаїв, що діяли тоді, не перевищував 10–15 років.

У наш час звичай має досить обмежене значення в англійському праві. Його роль не може бути значною внаслідок встановленого правила, відповідно до якого звичай можна вважати обов’язковим лише в тому випадку, якщо він має характер давнього звичаю і буде доведено, що він міг існувати в 1189 році. Вимога, щоб звичай був давнім, стосується тільки місцевих звичаїв, на торговельні порядки вона не поширюється. Головним чином у цій сфері відносин і діють, після поглинання торговельного права загальним правом, юридично обов’язкові звичаї.

Практика останнього часу свідчить про те, що з різних приводів виникають *нові звичаї.* Але їхнє значення несуттєве, адже як тільки звичай санкціонується законом або судовою практикою, він втрачає характер звичаю і здатність еволюціонувати. Він перетворюється в законодавчу норму або норму, створену судом, і підпадає під дію правила прецеденту.

Однак значення звичаю не можна недооцінювати. Англійське суспільство, як і будь-яке інше, регулюється не тільки правом, а й звичаєм, який хоча й не має великого значення як джерело права, але відіграє певну роль у житті англійців. Наприклад, міністри — це слуги королеви, які можуть бути відкликані, коли вона побажає; військові кораблі й публічні будівлі є власністю королеви; пенсії і навіть платня чиновників даються їм милістю її Величності.

Англійське конституційне право здавалося б абсурдним, якщо його викладати без врахування конституційних звичаїв, яким теоретично не надається юридичний характер, але які панують в англійському політичному житті. Така ж ситуація і в сфері кримінального права. Теоретично питання про залучення присяжних до розгляду справи вирішується суддею на його розсуд. Однак звичай суворо пропонує участь присяжних у певних справах. Монополія адвокатів на допит свідків у вищих судах установлена також не нормою, а сформованою практикою, що ґрунтується на дотримуваному звичаї.

В англосаксонській системі звичай сьогодні проявляється в основному в *казуальному праві.* Наприклад, значення технічних термінів у договорах визначаються звичаєм. Знання комерційного звичаю дуже часто допомагає судді, який розглядає справи, пов’язані із зобов’язаннями, що випливають з торго- вельних угод. Крім того, враховуються також місцеві звичаї, які встановилися в різних регіонах Англії до 1189 р. і діють там донині (хоча коло таких звичаїв поступово звужується). Однак в англосаксонській системі звичай тільки тоді вважається джерелом права, коли він одержав санкцію судді, тобто був підтверджений суддею хоча б в одному його рішенні у конкретній справі.

**Звичаєве право релігійної правової сім’ї.** Генетично до цього підтипу можна зарахувати мусульманське, індуське, християнське та іудейське право. Сфера впливу християнського (Ватикан) та іудейського (Ізраїль) права, з точки зору теорії правової системи, обмежена, тому ми виділяємо мусульманське та індуське право серед основних систем сучасного права.

Понад один мільярд людей (1/6 частина населення Землі) живуть під впливом принципів *мусульманського права,* яке базується на релігії — ісламі. Мусульманське право охоплює всі сфери суспільного життя, а тому включає не тільки правові приписи, а й неправові регулятори (релігійні, моральні, зви- чаєві). Держава відіграє підпорядковану роль стосовно релігії, будучи цивільним втіленням ісламу, внаслідок чого місцеві звичаї розглядаються як чисто фактичні явища, а закони влади — як управлінські заходи тимчасового або місцевого значен- ня, які далеко не повною мірою можуть називатися правом.

Звичай не входить у мусульманське право й ніколи не розглядався як право. Адже це спричинило б відмову від однієї з характерних рис мусульманського права — його однаковість для будь-якої громади віруючих. Але це не означає, що він відкидається мусульманським правом, яке займає щодо звичаю позицію, подібну до полюбовної або мирової угоди, що у деяких випадках визнається суддею. Зацікавленим особам дозволено у деяких випадках організовувати свої відносини й регулювати свої спори без втручання права.

Звичай може служити виправданням навіть відходу від деяких приписів Корану й Сунни. Зрозуміло, що деякі звичаї можуть бути незаконними з точки зору мусульманського права, але багато з них можуть існувати, не викликаючи заперечень. Наприклад, звичаї доповнюють мусульманське право в тих питаннях, які воно не регулює: звичаї, що стосуються сум і спо- собів виплати приданого, звичаї, що регулюють використання джерел, які протікають між двома земельними володіннями, тощо.

Другим великим підтипом релігійного типу правової системи є ***індуське право.***Індуське право вирізняється глибокими релігійно-моральними витоками і застосовується незалежно від національної, державної належності або місця проживання до всіх індусів. Індуїзм відрізняється від інших релігій тим, що індуси не пов’язані певним віровченням, адже кожному з них надається свобода вибору щодо об’єкта вірування чи невірування взагалі. Релігійні ж приписи відіграють ту роль, яка в інших типах належить праву.

Індуське право утворює комплекс традицій і звичаїв, породжених постулатами індуїстської філософії, зафіксованими в збірниках і трактатах, іменованих ”сутрами”. Елементом цієї філософії є *“дхарма” —* звід різних правових норм, густо перемішаних з релігійними нормами й звичаями. У широкому розумінні — це всезагальний порядок у світі, основа всього жи- вого та неживої матерії. У вузькому — обов’язок, правило пове- дінки, спосіб життя доброчесного індуса у всіх деталях. Дхарма допускає не тільки звичай, який доповнює закон, а й звичай, який протиставляється закону.

Звичаї в індуському праві є досить різноманітними. Кожна каста дотримується своїх звичаїв, збори касти (панчаят) вирішують всі спори, базуючись на громадській думці. Питання вирішуються шляхом голосування, застосовуються досить ефективні засоби примусу, серед яких досить суворою санкцією є відлучення. Жерці-юристи Індії свого часу відігравали важливу роль у визначенні звичаїв правового характеру.

У XVI ст. мусульманське панування в Індії загальмувало розвиток індуського права. У XVII–XVIII ст. воно змінилося англійським пануванням аж до проголошення незалежності у 1947 р. На початок *англійського панування* в індуському звичаєвому праві були сформовані лише способи врегулювання внутрісімейних, кастових відносин, відносин землекористування та спадкування. З інших питань воно не мало достатнього розвитку, тому у сфері права власності та зобов’язального права традиційні норми були замінені нормами загального права. Англійська колонізація перервала самобутній шлях розвитку індуського права, яке в міру еволюції могло б охопити нові види відносин. Однак повної заміни звичаєвого індуського права не відбулося, ряд традиційних норм продовжують діяти. Особливо це стосується регламентації особистого статусу, що охоплює такі відносини: усиновлення, шлюб, розлучення, поділ сімейного майна, спадкування, релігійні пожертви, передача майна шля- хом заповіту, кастові відносини та відлучення. Індуїстські ідеї збереглися в концепції державного землекористування Індії; норми індуського права є і в підприємництві.

**Традиційний тип правових сімей та місце звичаю в їх системі джерел права.** Традиційний тип правових сімей включає в себе системи Далекого Сходу (Китай, Японія) та Африканського континенту. *Правові системи Далекого Сходу* характеризуються системою правил поведінки неюридичного характеру, що ґрунтуються на соціальних угодах, звичаях, правилах ввічливості, моралі, честі. У багатьох далекосхідних суспільствах право відіграє незначну роль при обмежених функціях законодавства, слабкій або просто посередницькій ролі судової прак- тики, при майже відсутній доктрині.

Конфуціанство в *Китаї* було духовною та філософською основою китайського суспільства і держави протягом не однієї тисячі років. Воно створило стійку віру в дотримання морально-релігійних та філософсько-традиційних норм, а також зневагу до права “як зовнішнього примусу”. На основі конфуціанства та звичаїв дістали розвиток різні форми позасудового вирішення спорів. Сімейні розбіжності вирішував глава сім’ї, родичі, авторитетні особи. Критерії вирішення проблеми визначалися на підставі правил, місцевих звичаїв, світогляду та життєвого досвіду осіб, що вирішували спір. Лише проголошення в Китаї в 1911 р. республіки дало поштовх кодифікації існуючих норм. Цивільний кодекс був розроблений до кінця 1925 р. і повністю вступив у дію в травні 1931 р. Цивільний кодекс Китайської Республіки мав свої особливості: з погляду загальної форми й окремих інститутів він виглядав спрощеним, багато його положень не були досконалими, прямо відсилали до норм звичаєвого права, які в ряді випадків суперечили законам. *Японія.* Цей різновид системи права має глибоке історичне коріння. Норми-звичаї, норми-традиції мали назву “гирі”, якими керувалося населення у повсякденному житті. У країні офіційно діяв принцип незнання законів, відповідно до якого зміст законів має бути відомий лише суддям і чиновникам. Найважливіший нормативний акт XVIII ст. “Кодекс із ста статей”, або “Сто законів”, впорядкував старі закони і норми звичаєвого права, вироблені феодалами. У ньому здебільшого містилися норми матеріального і процесуального кримінального права, а норми цивільного права були подані слабко, тому багато цивільно-правових і торгових відносин регулювалися звичаєвим правом. Відособлене становище і сильний вплив звичаїв, традицій і ритуалів тривалий час ускладнювали вплив правових ідей і концепцій інших держав. Перелом у правосвідомості настає з кінця 60-х років XIX ст., коли інтенсивні торговельні зв’язки й промислове піднесення вимагали привнесення ідей і зразків західного права. В цей час перекладаються японською мовою французькі і німецькі кодекси, помітний також вплив і англійського права.

До кінця XIX ст. набувають чинності Цивільний і Торговельний кодекси, Конституція, закони. Однак японці у праві вбачають і тепер засіб примусу. А тому навіть наявність кодексів і чітко структурованої судової системи не змінили традиційної ментальності, ідея права не ввійшла у повсякденне життя. Мало хто з громадян користується правами, передбаченими новими законами, адже керівна роль відводиться традиційним формам посередництва. Всі спірні питання між членами сім’ї вирішуються на підставі звичаїв і без судового втручання. Наприклад, зазвичай, перед реєстрацією шлюбу сім’ї наречених звертаються до по- середника, який вирішує всі проблеми, пов’язані з підготов- кою весілля, і є свідком. До його обов’язку входить вирішення спорів між подружжям та членами їх сімей, спори про розпо- діл майна при розлучені, аліменти, батьківські права. Спори між сусідами, дорожньо-транспортні події тощо вирішуються шляхом посередництва. Звернення до суду є крайнім засобом, якщо не досягнуто згоди шляхом переговорів. Самі ж суди схиляють сторони до мирових угод і розробили оригінальну техніку застосування права, а точніше, відхилення від його застосування. Юристи із західних країн, що вивчають положення судочинства в Японії, бувають вкрай здивовані мізерно малою кількістю цивільних справ порівняно із Заходом.

*Африканські системи* права протягом століть були переважно системами звичаєвого права і лише в XIX ст. колонізація впровадила європейські системи права в усі сфери відносин, не врегульованих звичаями. Із часу здобуття африканськими державами незалежності в середині XX ст. їхніми національни- ми керівниками вживалися зусилля щодо наближення давніх традицій, виражених у звичаях, до сучасних принципів. Але це виявилося дуже складною роботою, оскільки багато принципів звичаєвого права явно суперечать принципам сучасних юри- дичних систем. Підірвані релігійним впливом християнства й ісламу, ослаблені в колоніальний період, африканські системи звичаєвого права зазнають на сучасному етапі спільного тиску з боку політики, економіки, раціоналізму й модернізму. Африканський континент протягом багатьох століть жив за нормами звичаю. Покора звичаю була в основному добровіль- ною, адже кожен вважав себе зобов’язаним жити так, як жили його предки. Звичаї Африки були численними і кожна грома- да мала свої власні. Розходження між звичаями одного району або однієї етнічної групи були незначними, а поза цими межа- ми вони могли дуже різнитися.

Для іноземців вивчення звичаїв Африки є досить складним. Насамперед дуже важко описувати їх, користуючись термінами європейського словника, адже використання конструкцій західного права веде до повної деформації понять звичаєвого права. Це особливо чітко видно на прикладі африканського сімейного права. Африканська родина відмінна від західної, у ній по-іншому побудовані відносини споріднення. Придане в Африці не має нічого спільного із приданим за мусульманським правом, а тим більше римським правом. Порядок спадкування визначається правилами, які ми майже не розуміємо: ідея про те, що індивід може бути власником землі, суперечить африканським поглядам. Так само важко встановити, якою мірою звичай, про який розказано в усній формі, справді відповідає діючому звичаю, і особливо звичаю, застосовуваному судами. Немає жодної писемної пам’ятки місцевого походження, яка б дала змогу орієнтуватися в лабіринті звичаїв і вивела якісь спільні риси. Турботами французької колоніальної адміністрації були підготовлені численні збірники звичаїв, але опубліко- вана була лише половина з них і цінність збірників неоднакова. В англійській Африці в колоніальний період звичаями цікавилися мало. Лише зовсім недавно з’явилися праці етнологів і юристів, що дають можливість побачити всю розмаїтість звичаїв.

**До питання 2. Cудовий прецедент як джерело цивільного і 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 апріорно 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 природній 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.

**Лекція № 4**

**Тема 1.4: Фізична особа в цивільному праві зарубіжних країн.**

**План.**

1. Поняття фізичної особи в цивільному праві зарубіжних країн і джерела її цивільно-правового статусу.
2. Поняття та основні принципи цивільної правоздатності фізичної особи в праві зарубіжних країн.
3. Інститут безвісної відсутності (оголошення померлим) громадянина в праві зарубіжних країн.
4. Поняття та зміст дієздатності в різних цивільно-правових системах. Обмеження дієздатності фізичних осіб.

**Література:** [27]; [28]; [29]; [30]; [31]; [32]; [33].

**Зміст лекції**

**До питання 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; 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.

Слід мати на увазі, що цивільні закони лише частково визначають правове положення фізичних осіб, навіть під час укладення цивільно-правових угод. Оскільки їхній статус визначається й конституціями держав, низкою законів публічного, а також торгового, корпоративного права, окремими законами щодо певних професійних обєднань чи інших груп людей і т.п.

Правовий статус фізичних осіб у вказаних країнах врегульовано законами. У країнах з кодифікованим цивільним правом цьому питанню відводяться окремі розділи (чи глави, параграфи та ін.) в цивільних кодексах.

У країнах прецедентного права норми про фізичну особу закріплено в законах, однак єдиного акта з цього питання не існує. В Англії діють спеціальні закони, в яких містяться норми про правове положення фізичних осіб. 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 розуміють як сукупність юридичних можливостей і які 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.

**До питання 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 права, права усиновителів, опікунів, піклувальників тощо).

Майже в усіх країнах допускається можливість охорони прав дитина, яка ще не народилась. Наприклад, НЦК регулює правила спадкування дитини, яка зачата, але ще не народилась; 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. Вперше його було проголошено у ФЦК. НЦК не містить окремої норми про рівність цивільної правоздатності, але цей принцип випливає з конституційних приписів. У праві Англії та США судовою практикою вироблено принцип, згідно з яким “право діє незалежно від осіб”.

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 вказаних зарубіжних країн 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 укладення 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 ряду країн.

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

**До питання 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 певних країн існують певні відмінності. Так, законодавству **Німеччини** відомий інститут оголошення померлим. Особу, що є безвісно відсутньою, може бути оголошено померлою через 10 років з моменту такої відсутності, але не раніше, ніж їй виповниться 25 років, або через 5 років з 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 внаслідок нещасних випадків встановлено коротші строки: на випадок загибелі морського судна – 6 місяців, в авіакатастрофах – 3 місяці; для інших нещасних випадків – 1 рік.

За правом **Франції** не передбачено можливості оголошення померлим. З часів уведення 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 ХХ ст. 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 зясування. 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 зявляється, то судове 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, ніж 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 зявляються 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, що вона померла. Якщо за обставинами справи від неї і не повинно надходити повідомлень, то ця презумпція не застосовується.

**До питання 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 відрізнятись. 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** та **французьким** 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 недієздатні, або обмежено (частково) дієздатні. Обсяг дієздатності неповнолітніх у різних країнах неоднаковий.

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

Німецька доктрина відокремлює також поняття угодоздатності – 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 що 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** дієздатність неповнолітніх регулюється різними нормами цивільного кодексу. До 18 років неповнолітні вважаються недієздатними, однак законодавець вносить певні уточнення та з досягненням ними певного віку розширює коло повноважень неповнолітніх. 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 ½ 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 недієздатними (пасивно правоздатними). Згідно з **англійським** законом про правову допомогу та положеннями судової практики діти до 18 років є неповнолітніми й дієздатність 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 кампанії, 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 одних країнах, а лише в тих, які належать до континентальної правової сімї. 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 непритаманний континентальним країнам **інститут довірчої власності**: в інтересах неповнолітнього управляють і розпоряджаються майном певні особи.

У континентальній системі права існує **інститут емансипації неповнолітнього**, непритаманний праву 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 може 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 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.

В **німецькому** праві з 1992 року 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.

**Лекція № 5**

**Тема 1.5: Юридичні особи та інші правові форми торгової (підприємницької) діяльності в зарубіжних правових системах.**

**План.**

1. Поняття та ознаки юридичної особи в різних правових системах.

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

3. Класифікація юридичних осіб у зарубіжних правових системах.

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

5. Поняття та види торгових товариств у праві зарубіжних країн.

6. Види юридичних осіб у континентальній правовій системі.

7. Види юридичних осіб та інші форми здійснення підприємництва в англо-американській правовій системі.

**Література:** [15]; [21]; [25]; [30]; [33].

**Зміст лекції**

**До питання 1. Поняття та ознаки юридичної особи в різних правових системах.**

Суб’єктами цивільних і торгових відносин у зарубіжних країнах, безумовно, є не тільки окремі фізичні особи, але й обєднання людей, які створюються задля досягнення певних цілей. Правовою формою такого обєднання осіб для участі в цивільному (торговому) обороті є інститут юридичної особи. **Юридичною особою** визнається організація, що має відокремлене майно, самостійно виступає в цивільному обігу, 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 обігу 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.

**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 обігу, 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 обігу 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 відрізнятися від найменувань інших суб’єктів права і є необхідним для ідентифікації її в цивільному обігу.

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 з ініціативи приватних осіб, створюються одним з таких способів:

1) **дозвільний.** Для створення юридичних осіб необхідний дозвіл компетентного органу державної влади (як правило, Міністерства юстиції), який вирішує питання про доцільність утворення нового субєкта права;

2) **явочно-нормативний.** Порядок виникнення та діяльність певного виду юридичних осіб регулює загальний нормативний акт. Право на визнання за обєднанням прав і статусу юридичної особи набувається за умови виконання передбачених цим загальним нормативним актом вимог. Таке визнання (право) засвідчується реєстрацією даного обєднання як юридичної особи. Цей спосіб є найпоширенішим у всіх країнах;

3) **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 (фактично), у Франції – асоціації.

**До питання 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 обігу, у господарських та інших правовідносинах. В основі наукової дискусії лежить питання, хто є носієм властивостей 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 сформувались різні оригінальні теорії юридичної особи. Зокрема, у континентально-європейському праві виділено кілька фундаментальних теорій, які істотно впливають на практику та визначають розвиток законодавства. Основними вважається “теорія фікції” та “теорія реальності” юридичної особи. Інші, переважно, схиляються або до першої з названих (“фікційні” теорії), або до другої (“реалістичні” теорії).

**Теорію фікції** юридичної особи 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 властивостями 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 (“союзну”) особу. Такою особою, як вважають автори цих теорій, є визнане правопорядком людське обєднання (“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 обєднання та його членів чітко розмежовані.

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).

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 органу 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. Англійська судова практика передбачала, що компанія не має права виходити за межі, передбачені в статуті. Якщо юридична особа укладала угоду, що виходила за рамки, то така дія не породжувала правових наслідків ні для юридичної особи, ні для осіб, які вступали з нею у відносини. Ця дія є «ultra vires» - понад повноваження. Угоди, що виходили за межі цілей юридичних осіб, вважались недійсними як угоди, укладені з перевищенням повноважень. Вони не користувались позовним захистом. Згодом судова практика, формально не відміняючи принципу спеціальної правоздатності, стала більш широко тлумачити повноваження юридичної особи, якими вона наділяється для досягнення цілей. У 1968 році Радою Співтовариства була прийнята спеціальна директива для країн-членів ЄС, яка встановлювала, що за певних обставин принцип «ultra vires» не застосовується і угода визнається законною. У 1972 р. було введено 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. Ця зміна (виняток із принципу «ultra vires») знайшла відображення в англійському Законі про компанії 1985 року: «Для особи, яка веде операції з компанією, будь-яка угода, що укладається владою правління директорів, вважається такою, що знаходиться у межах правоздатності компанії і за певних обставин визнається законною.

У **США** даний принцип вважається формально діючим, 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 укладеною з перевищенням повноважень, вона не є недійсною, за винятком випадків, коли жодна із 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 вважатись недійсними на тій підставі, що корпорація не наділена компетенцією чи правом вчиняти такі дії.

**До питання 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 (часто виступають органами управління);

- передбачають особливий характер членства в них (юридичною особою може бути держава, державна установа, торгово-промислова палата і т.п.);

- не переслідують мети отримання прибутку.

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 приватноправового 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) обігу дедалі більше підпорядковуються правовому режиму юридичної особи приватного права й наділяються такими ж правами і обов’язками, як і приватні.

За формою власності юридичні особи поділяються на **державні** і **недержавні**;

за цілями діяльності: **комерційні** і **некомерційні**;

за складом засновників: такі, що **створюються тільки юридичними особами**, тільки **державою**, **будь-якими** учасниками цивільного обігу;

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** і **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** (торгові, господарські) юридичні особи діють за нормами торгового права (у країнах з 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.

**До питання 4. Правові форми здійснення торгової (підприємницької) діяльності в зарубіжних правових системах.**

Особи, які здійснюють підприємницьку діяльність, у всіх зарубіжних правових системах називаються торговими діячами (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 центральноєвропейській і східноєвропейській 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 обігу, 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 обігу: виробничій, транспортній, фінансовій, торговельній, 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** – це особи, які ведуть торгову діяльність у вигляді промислу, тобто професійно.

В Україні використовується термін «підприємець» замість «комерсанта». Поняття «комерсант» відоме праву США, ФРН, Англії.

**Комерсанти** (торгові діячі, підприємці) можуть здійснювати таку діяльність самостійно (**індивідуальні**) або у вигляді обєднань осіб (**колективні**). У праві деяких країн виділяють такі групи підприємців: 1) які обов’язково визнаються суб’єктами підприємництва (вони здійснюють торговий промисел, тобто їхня діяльність спрямована на одержання прибутку та є тривалою, постійною); 2) 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 лісогосподарську діяльність); 3) 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 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 де-факто (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). Призначенням фірми є ідентифікація комерсанта.

Відмінна особливість європейського і англо-американського права – діє **принцип істинності фірм**. Якщо в назву включене якесь прізвище, то ця особа й повинна виступати одним із власників підприємства. Якщо підприємство продається, то лише зі згоди цього власника, і ім'я його зберігається також згідно з дуже суворими правилами і обмеженнями. Якщо в назві визначено напрямок діяльності підприємства (наприклад, хлібобулочна), то там це й повинно вироблятись. У країнах загального права існує **принцип свободи фірм** – це може бути будь-яка назва.

Право на фірму виникає в комерсанта (підприємця) з моменту фактичного використання в торговому обігу 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. Поняття «фірма» належить до особистого немайнового права. Воно не підлягає відчуженню, а може бути передане тільки разом з підприємством. Юридична відповідальність за порушення права на фірму (використання чужої назви) виражається у формі відшкодування матеріальної і моральної шкоди.

Комерсант (підприємець) може укладати будь-які торгові угоди та зобов’язаний вести облік усіх угод у торгових книгах та інших документах. Такий обов’язок закріплений імперативними приписами закону щодо всіх комерсантів у романо-германському й стосується тільки корпорацій та компаній в англо-американському праві.

**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.

**Особливості торгових угод:**

1) для укладення і виконання торгових угод застосовуються особливі норми цивільного права, які не діють відносно звичайних угод. Застосовуються торгові кодекси і спеціальні закони;

2) спори, що виникають із торгових угод, розглядаються у спеціальних юрисдикційних органах, наприклад, комерційний суд, комерційна (торгова) палата, в Англії – комерційний суд у складі високого суду справедливості.

Виділення комерсанта в особливу категорію учасника господарського обігу переслідує **три основні цілі** (ці цілі також пояснюють існування самого торгового права):

1. Створити умови, що сприяють швидкості здійснення комерційних угод і розгляду спорів. Послабити формалізм укладення угод – угода, наприклад, може бути укладена телефоном.

2. Заборонити спеціальне регулювання відносин з кредитування, що мають важливу роль у підприємницькій діяльності, надати кредитору підприємця великі права і гарантії в одержанні платежу, ніж це передбачено нормами цивільного права, наприклад, можлива солідарна відповідальність боржників (а в цивільному праві це виконується, тільки якщо передбачено в договорі).

3. Надання підприємницькій діяльності публічного характеру, що забезпечує захист інтересів держави і третіх осіб. Наприклад, реєстрація підприємства в торговому реєстрі, набуття спеціальної ліцензії, патенту на ведення промислу з виплатою податку, ведення торгових книг, відкриття власного банківського рахунку, виступ у господарському обігу під фірмовою назвою.

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 комерсантом, є торговою за приналежністю, якщо не доведено протилежне (наприклад, що вона мала особистий або сімейний, побутовий характер).

**Торгові книги** – спеціальні книги, які зобов’язане мати будь-яке комерційне підприємство. Вони відображають майно і господарські операції комерсантів.

Всі торгові книги можна поділити на **три види:**

1) журнальна книга – містить відомості про всі господарські операції, борги, про вимоги до третіх осіб;

2) інвентарна книга – книга містить опис майна, відображає баланс і рахунок прибутків і збитків;

3) ділова документація – комерційні рахунки, комерційна кореспонденція.

Торговим книгам зарубіжне законодавство надає дуже велике значення. Вони необхідні, щоб:

- акціонери могли ознайомитись з діяльністю компанії. Тому книги зберігаються протягом певного періоду: у Франції і Швейцарії – протягом 10 років, у Німеччині – 7 років. Ознайомлення із змістом торгових книг обмежене. Коло осіб, яким дозволяється, визначається спеціальними правовими нормами;

- ці книги носять доказову силу у встановленні фактів господарської діяльності.

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 командита, 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, одно предметні, разові об’єднання осіб.

Право **Франції** серед правових форм підприємництва, які **мають статус юридичної особи**, виокремлює такі: повні товариства, акціонерні, акціонерні командити, 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, одно предметні, 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 обєднання осіб (спільна діяльність), акціонерні компанії (США), їх асоціації та торгові трести, корпорації де-факто у США.

**До питання 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 з 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 торговими кодексами, спеціальними законами та судовою практикою, а в країнах англо-американського права – і судовим прецедентом.

У всіх 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:**

1) **повні** товариства (Франція, США); вони ж – **відкриті** товариства (ФРН), товариства **з необмеженою відповідальністю** (Англія);

2) товариства **з обмеженою відповідальністю** (Франція, ФРН); вони ж – **командитні** товариства **з обмеженою відповідальністю** (США);

3) **командитні** товариства (Франція, ФРН), професійні командитні (США);

4) **акціонерні** товариства (корпорації – в США); вони ж – **компанії з обмеженою відповідальністю** (Англія);

5) командитні, засновані на акціях (**акціонерна командита** – ФРН, Франція);

6) **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 зазначалось, торгові товариства як учасники підприємництва (торгового обігу) 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 виокремлюються 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 (в англо-американському праві). В юридичній літературі наводяться й інші класифікації торгових товариств.

**До питання 6. Види юридичних осіб у континентальній 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.**

**Спілки** характеризуються такими **рисами:**

1) переслідують спільну мету;

2) структура спілки забезпечує організацію єдності членів;

3) незалежність існування спілки від тих осіб, які до неї входять як члени, так і засновники.

**Господарські спілки** створюються для здійснення підприємницької діяльності з метою отримання прибутку. **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, товариство з обмеженою відповідальністю, командитне, негласне, акціонерне, акціонерна командита. 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), який юридично не існує для третіх осіб. Вкладник має право вимоги до власника, право на прибуток, у разі ліквідації негласного товариства має право вимагати повернення свого вкладу після розрахунків з 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 обєднань, 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 об лаштована 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, 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.

**Негосподарські спілки** переслідують ідеальні цілі: політичні, соціальні, наукові, благодійні та інші подібні.

**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. Приклад установ – товариства, акціонерні товариства. Але вони, в свою чергу, також можуть об’єднуватись у спілки.

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 та товариства. Серед приватних юридичних осіб у Франції виокремлюють об’єднання зі спільною економічною ціллю (об’єднання за економічними інтересами). Їх легалізовано в 1967 р. 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 та 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. 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.

**До питання 7. Види юридичних осіб та інші форми здійснення підприємництва в англо-американській правовій системі.**

У праві **Англії** всі юридичні особи є **корпораціями**, які поділяються на корпорації – **об’єднання** осіб та **одноособові** корпорації.

**Корпорація** – це група осіб, що об’єдналися з метою здійснення господарської діяльності і отримання прибутку.

**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 та 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.** Компанії поділяють на **публічні** й **приватні.** Цей поділ не відповідає класифікації на публічні і приватні в Європі і США. **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. Публічні компанії – компанії з відповідальністю, обмеженою акціонерним капіталом або в межах визначеної гарантованої учасниками суми. Меморандум цього акціонерного товариства повинен містити положення про те, що це акціонерне товариство є публічним. Назва компанії повинна закінчуватись «паблік лімітед кампені» або абревіатурою «PLC» або «СС» для компаній, зареєстрованих в Уельсі.

**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 правовій системі:

1) компанія (товариство) **з** **необмеженою відповідальністю** – відповідає за змістом повному товариству в країнах романо-германського права;

2) товариство **з обмеженою відповідальністю** – за змістом приблизно відповідає командитному товариству в романо-германському праві;

3) компанія з обмеженою відповідальністю – аналог акціонерного товариства в країнах континентальної системи права.

В останні роки в **Англії** поширюються приватні компанії, що складаються з однієї особи.

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, укладати 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 власнику) майно для управління в інтересах визначених бенефіціаріїв – зазначених засновником осіб, які є вигодонабувачами. Останніми можуть бути як конкретні особи, так і невизначене коло осіб.

В **американському** законодавстві публічні компанії і приватні компанії мають зовсім інше значення. **Публічні компанії** – це корпорації, створені штатом, державою, муніципалітетом для задоволення громадських потреб. **Приватні компанії** – всі компанії, організовані з метою отримання прибутку.

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 (громадські, урядові, політичні), які можуть бути **федеральними, муніципальними, окружними, господарськими,** а також **квазімуніципальними.**

**Приватні** корпорації поділяють на комерційні та некомерційні. **Некомерційними** корпораціями є благодійні, освітні, культурні фонди та ін.

Серед **комерційних** корпорацій доктрина та судова практика виділяють такі: закриті, відкриті, де-юре, де-факто, внаслідок ест опеля, професійні, одноособові, колективні, місцеві, іноземні, дочірні, основні, залежні, торгові, компактно-мобільні, пересувні, квазіпублічні, чартерні, мобільні, фіктивні, неактивні.

Корпорація існує **де-юре**, якщо в процесі її утворення були дотримані вимоги імперативних норм закону щодо порядку її утворення та реєстрації. Корпорація **де-факто** 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 встановленому 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 де-факто доповнюється певними обмеженнями: якщо особи своєю поведінкою дають підстави вважати, що вони здійснюють підприємницьку діяльність і спонукають третіх осіб вступати з ними в ділові відносини, то вони не можуть посилатись 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.

**Квазімуніципальними** є публічні корпорації де-факто.

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

**Лекція № 6**

**Тема 1.6: Речові права в зарубіжних правових системах.**

**План**

1. Поняття і види речових прав у зарубіжних правових системах.

2. Класифікація об’єктів речового права.

**Література:** [15]; [21]; [25]; [30]; [33]; [34]; [35]; [36].

**Зміст лекції**

**До питання 1. Поняття і види речових прав у зарубіжних 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 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 з 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.

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 обєктом 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; обєктом 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 належних 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 речове право слідує за річчю при переході права власності на неї до інших осіб. Внаслідок 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 “розщепленням” права власності (виділенням 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 континентальному праву власності, 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.

**До питання 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 обєкт**, 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 за грошовими і товаророзпорядчими документами (облігаціями, векселями, чеками, паями, коносаментами та ін.). До них застосовуються 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 утруднене, оскільки згідно з НЦУ обєктом 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.п.

У країнах **англо-американської** системи права коло об’єктів права власності більш широке, ніж 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 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 нерухомості 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 правових 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, узуфрукт, іпотека.

У цивільному праві **ФРН нерухомістю** вважаються виключно матеріальні об’єкти: земля, складові частини земельної ділянки, під якими мають 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** і **персональне** 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, поділяється на два класи: **рухомість реальна** і **рухомість персональна**. Рухомості персональні поділяють, у свою чергу, на **речі у володінні** і **речі у вимозі**. Речі у володінні – це рухомі речі, а речі у вимозі – це так звана “невловима власність”: 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 обігу 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 користування).

**Лекція № 6**

**Тема 1.6: Право власності**.

**План**

1. Право власності в зарубіжних правових системах і тенденції його розвитку. Підстави набуття права власності.
2. Захист права власності в романо-германській та англо американській правових системах.

**Література:** [15]; [21]; [25]; [30]; [33]; [34]; [35]; [36].

**Зміст.**

**До питання 1. 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 “святенності 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 обігу взагалі, оскільки ці норми встановлюють міру можливої поведінки власника щодо володіння, користування й розпорядження майном.

**Правом володіння** вважається надана законом можливість фактичного панування над річчю, утримання її у сфері господарювання. **Право користування** річчю – це заснована на законі можливість експлуатації майна та одержання від нього плодів і доходів. **Правом розпорядження** річчю 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. 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, вводитися режим їх ліцензування та ін.

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, відпадають. До первісних способів набуття права власності належать: специфікація, одержання плодів і доходів, прирощування, змішування речей (обєднання), набуття безхазяйних речей, набувальна давність, націоналізація, конфіскація, реквізиція.

Вироблення речі як окремий спосіб 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 **обєднання** речей власником стає власник основної речі, а якщо об’єднуються рівнозначні речі різних власників – річ стає обєктом спільної власності. **Привласнення безхазяйних речей** означає заволодіння речами, які не мають власника або добровільно залишені власником з наміром відмовитися від права власності. 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 з 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 не уповноваженої на відчуження особи, тобто коди 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.).

**До питання 2. Захист права власності в романо-германській та англо-американській правових системах.**

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: 1) позови про порушення договірних зобов’язань (шляхом примушення до виконання договірного зобов’язання в натурі: повернення майна після закінчення дії договору майнового найму і т.п.); 2) 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 і деякі спеціальні речово-правові позови.

Загальними (**речово-правовими**) способами захисту права власності є: 1) **віндикаційний позов** – позов неволодіючого власника до володіючого не власника про повернення майна з незаконного володіння; 2) **негаторний позов** – 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.

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.

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.п.). 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 управомоченої 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 з 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. 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: 1) **набуття** права власності **за давністю володіння**; 2) право на **самодопомогу** (володілець може примусово відібрати річ, вивести особу зі свого будинку, земельної ділянки та ін.); 3) **посесорні позови** (позови володільця): про відновлення володіння; про припинення порушень, які перешкоджають нормальному володінню; 4) **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 наявність 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).

**Лекція № 8**

**Тема 1.8: Права на чужі речі в зарубіжних правових системах.**

**План.**

1. Права на чужі речі в зарубіжних правових системах.
2. Інститут довірчої власності в праві Англії та США.

**Література:** [15]; [21]; [25]; [30]; [33]; [34]; [35]; [36].

**Зміст.**

**До питання 1. 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**.

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 ХІХ ст. К.Ф.Совіньї та Р.Ієрингом. Обидві теорії визнають, що елементами володіння є: фактичний стан фізичного панування над річчю і намір володіти, тобто воля особи утримувати (мати) річ як власник чи інший носій речового права. Відповідно до теорії Совіньї (**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 володілець є простим держателем – охоронцем, перевізником, комісіонером та ін.

На підставі цієї концепції **французьке** право розрізняє володіння (володіння для себе та володіння власника) і тимчасове утримання (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; вольовий елемент не ігнорується взагалі, вважається, що він втілюється у фактичному здійсненні володіння.

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 **несамостійне**; **одноособове**, **часткове** й **співволодіння**. **Самостійним** є володіння, яке здійснює особа, що фактично панує над річчю як належним їй обєктом 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, комісіонера, перевізника, заставодержателя та ін. Останні вважаються **несамостійними** 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** – 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: власником рухомого майна є одна особа (що передала річ іншій), тоді як право володіння майном належить іншій особі (“залежному держателю”), якій власник передав дане майно для досягнення певної мети. Залежне утримання виникає з договору або може бути визнано на основі фактичних обставин справи, якщо встановлено намір “залежного держателя” здійснювати панування над річчю та у прямій чи непрямій 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 стосується тільки нерухомості – правовідносини, за яких 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 сімї) без права одержання прибутку віл такого 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. Він може бути встановлений довічно чи на певний період часу, або під умовлю, 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 відомі всім національним правовим системам як встановлені відносно земельної (слугуючої) ділянки, маєтку чи будівлі обтяження для потреб користування іншою (пануючою) ділянкою чи будівлею. У деяких країнах вони називаються “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. 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.

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 успадковуване 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 **суперфіцій** – довгострокове, успадковувань 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, обєднанням 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.

Право застави досить докладно регламентується в усіх національних системах законодавства. 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 превагу 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 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, за винятком застави суден.

**Предметом** застави рухомості можуть бути й права, інкорпоровані в цінних паперах – векселях, акціях, облігаціях та ін.

**Застава рухомого** майна в **англо-американській** системі здійснюється у **двох формах**: з передачею майна у володіння заставодержателя або у формі фідуціарної (заснованої на особливій довірі) угоди, за якою кредитор стає власником закладеної рухомої речі, отже, може користуватися нею, 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**. Він виникає на підставі заснованої на довірі (фідуціарної) 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.

**До питання 2. Інститут довірчої власності в праві Англії та США.**

**Довірча власність** є одним з найбільш своєрідних і разом з тим надзвичайно поширених у практиці інститутів сучасного **англо-американського** права. Він має назву також **фідуціарної**, тобто **заснованої на довірі власності** або **трасту**.

Довірча власність як система майнових відносин склалася в англійському праві та знайшла своє відображення у праві справедливості. У США інститут довірчої власності у своїх основних рисах не відрізняється від англійського.

**Довірча власність** – це відносини, за яких одна особа (засновник) встановлює довірчу власність: передає іншій особі – довірчому власнику майно для управління в інтересах зазначених вигодонабувачів (бенефіціаріїв). 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**, а якщо невизначене коло осіб – то траст називають **публічним**. Публічні трасти діють в інтересах усього суспільства або його частини, їх ще називають благодійними. 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 або на випадок смерті, внаслідок закону, на основі договору.

**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 обігу 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, які зазначені в установчому акті та в інтересах бенефіціарія; виявляти дбайливість 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 бенефіціарію збитків, він зобов’язаний їх відшкодувати. У такому разі бенефіціарій має щодо особистого майна довірчого власника переважне перед усіма іншими кредиторами право задоволення інтересів.

**Довірча власність припиняється** за таких **обставин**: з досягненням мети, задля якої вона створювалась; 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.

У сучасному цивільному обігу інститут довірчої власності використовується для регулювання різноманітних, зокрема й господарських (підприємницьких), відносин. Так, **довірча власність застосовується**: для управління майном недієздатних осіб (неповнолітніх, обмежено дієздатних); для створення благодійних фондів і т.п. (наукових, навчальних, культурних, лікувальних організацій: університетів, шкіл, лікарень, музеїв тощо); для створення обєднань (акціонерних компаній (Англія), корпорацій (США); для голосування на загальних зборах в інтересах засновників; для захисту інтересів кредитора й підвищення відповідальності боржника (конструктивний траст).

Відповідність інституту довірчої власності потребам сучасного торгового обігу зумовила поширення його елементів і в країнах романо-германської правової системи.

**Лекція № 9**

**Тема 1.9: Загальні положення про зобов’язання в цивільному праві зарубіжних країн.**

**План**

1. Поняття та види зобов’язань у континентальній та англо-американській правових системах.

2. Множинність та зміна осіб у зобов’язаннях. Припинення зобов’язань.

3. Зміст і виконання зобов’язань у зарубіжних правових системах.

**Література:** [15]; [21]; [25]; [30]; [39]; [40]; [41].

**Зміст лекції**

**Питання 1. Поняття та види зобов’язань у континентальній та англо-американській 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 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 право відношення, в якому кредитор має право вимагати від боржника виконання дій, які реалізують обов’язок, або утримання від виконання певної дії.

У Франції ЦК 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 іншої до певного надання, вчинення дії чи утримання від певних дій.

У доктрині англо-американського права є спроби сформулювати поняття зобов’язального права, однак 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 і 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.).

Класифікація зобов’язань у різних правових системах має свої особливості, які обумовлені специфікою розвитку доктрини та судової практики. У праві Німеччини найбільш загальним є поділ зобов’язань за підставами виникнення: 1) з угод (договірні); 2) переддоговірні (виникають внаслідок взаємодії договірного відношення з соціальним контактом) і квазідоговірні (з відносин, схожих з договірними); 3) із закону (виникають із ведення справ без доручення, безпідставного збагачення, незаконних дій (деліктні), утримання, спадкування тощо).

Французьке право розрізняє зобов’язання: 1) договірні (виникають з договорів) і 2) недоговірні (виникають із делікту, квазіделікту, квазідоговору, закону). 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 зазначалось, 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: 1) договір; 2) делікт; 3) квазідоговір; 4) 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:

1) подільні (можуть виконуватися частинами) і неподільні (виконуються тільки повністю);

2) предметом яких є замінні (родові) та незамінні (індивідуально-визначені) речі;

3) позитивні (боржник має вчинити якусь дію) і негативні (має утриматися від вчинення певних дій);

4) 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);

5) захищені позовом, або так звані “одягнені”, (можуть бути виконані в примусовому порядку) і незахищені позовом (у романо-германськлму 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 кредиторові певну суму грошей або у власність (оплата готівкою), або за правом вимоги (безготівкові розрахунки). Вони можуть безпосередньо виникати як грошові або ж перетворюватися в грошові внаслідок невиконання чи неналежного виконання будь-яких інших зобов’язань.

**До питання 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 із спів боржників 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 із співкредиторів може вимагати від боржника (боржників) виконання у повному обсязі. Повне виконання одному кредиторові звільняє боржника від обов’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 спів боржників, 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 (сімї, 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 із 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 цементові; 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.

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 невідємними від особистості кредитора. Як правило, відступлення права (цесія) є оплатною угодою.

Відступлення прав у **англо-американській** правовій системі може бути відкликано у будь-який час з 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 недієздатність або банкрутство також розцінюються як відкликання відступлення прав. Не може бути відкликане відступлення прав, якщо: воно супроводжується зустрічним наданням (є оплатним); документ, що посвідчує права, які передаються, уже передано цесіонарію; цесіонарій уже прийняв виконання від боржника або рішення суду проти останнього, або уклав з 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 кредиторові.

**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**:

1) **належним виконанням** відповідно до вимог закону умов договору та звичаїв ділового обігу; 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);

2) **внаслідок недійсності** зобов’язання (відносно недійсні – дійсність яких може бути ос порена в суді);

3) 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 недієздатності боржника);

4) внаслідок **випадкової загибелі речі, що визначена індивідуальними ознаками** (за відсутності вини сторін, якщо річ є єдиним предметом зобов’язання);

5) **зі смертю боржника або кредитора**, якщо зобов’язання безпосередньо пов’язане з особою одного з них;

6) **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 із сторін (**ФРН**); чи на основі закону (**Франція**);

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

8) **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;

9) у результаті **збігу обов’язку й вимоги** (боржника й кредитора) в одній особі;

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

**До питання 3. Зміст і виконання зобов’язань у зарубіжних правових системах.**

Проблема змісту зобов’язань розглядається у всіх 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, переважно, у зв’язку з виконанням або тлумаченням зобов’язання.

У теорії розрізняють: 1) **загальний** обов’язок виконання; 2) **первісні** та 3) **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 випливають із засад добросовісності виконання, з повагою до добропорядних правил ділового обігу. Серед останніх розрізняють **самостійні** додаткові обов’язки, що мають окрему мету (ведення розрахунків, надання інформації кредиторові щодо виконання основного обов’язку та ін.), та **несамостійні**, які допомагають належно виконувати основний обов’язок (збереження матеріалів, призначених для виготовлення речі, їх економне витрачання та ін.).

З наведеного тлумачення змісту зобов’язання випливає дещо відмінне від прийнятого у вітчизняній правовій системі поняття **виконання зобов’язання**. Оскільки змістом зобов’язання вважається лише обов’язок боржника, то виконанням зобов’язання вважається 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 боржник виконав кредиторові 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 здійснюватись 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 положення судової практики щодо **тлумачення змісту зобов’язання**. У **романо-германській** правовій системі завданням тлумачення вважається встановлення справжнього наміру сторін. Тому тлумачення здійснюється не лише виходячи з буквального змісту слів і висловів, але й в контексті всього зобов’язання чи його частин і з урахуванням обставин виникнення зобов’язання. Якщо певні питання змісту зобов’язання неможливо встановити, оскільки вони не врегульовані сторонами, то застосовують диспозитивні норми закону й звичаї.

У **німецькому** праві на тлумачення змісту зобов’язань впливають також такі поняття (принципи), як “добра воля”, “добропорядність”, “віра”, “довіра”. Принцип **добросовісності** конкретизується в необхідності: 1) кожній стороні чинити все, щоб взаємно сприяти полегшенню виконання зобов’язання, та уникати всього, що може його обтяжити або зробити нездійсненним; 2) уникати порушення прав іншої сторони; кожній стороні виявляти необхідну турботу про здоровя та власність іншої сторони; 3) дійсно робити спільно все, що вимагається для досягнення цілі договору; 4) 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 випливають із законів, узвичаєнь 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 загальноприйнятий буквальний зміст слів і словосполучень, визначення й пояснення певних понять, які містяться в законодавчих актах, судових прецедентах, а також враховуються існуючі звичаї та торгові узвичаєння. У цій правовій системі прийнято поділяти **умови змісту договору** на **істотні** (у разі їх порушення інша сторона може відмовитись 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 зазначалось, підпорядковується й **загальним** правилам, які закріплені в законах. У **французькому та німецькому** праві відомий принцип виконання зобов’язання в натурі, якому повинна надаватись перевага як у межах правомірної поведінки учасників, так і в разі примусового виконання обов’язку боржником. Виконання має здійснюватись **добросовісно, у точній відповідності з його змістом** за всіма умовами, з урахуванням **звичаїв торгового обігу**. 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 кредиторові особисто або уповноваженій 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 має право здійснити виконання негайно, а кредитор має право вимагати від боржника негайного виконання. Якщо строк встановлено, 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 має право вимагати дострокового виконання у випадку зміни (погіршення) майнового стану боржника, зменшення (втрати) гарантій і т.п. 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.

**Лекція № 10**

**Тема 1.10: Загальна зарактеристика делікту в порівняльному праві зарубіжних країн.**

**План.**

1. Юридичні наслідки невиконання зобов’язання чи виконання його з порушенням умов**.**
2. Способи забезпечення виконання зобов’язань у цивільному та торговому праві зарубіжних країн**.**
3. Зобов’язання із заподіяння шкоди в праві ФРН, Франції, Англії та США.
4. Компенсація моральної шкоди в праві зарубіжних країн.

**Література:** [15]; [21]; [25]; [30]; [33]; [34]; [35]; [36].

**Зміст.**

**До питання 1. Юридичні наслідки невиконання зобов’язання чи виконання його з порушенням умов.**

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

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 загального 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.п. 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 покладення обов’язку виконання певних дій в натурі, або у вигляді заборонного наказу суду, 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 правових систем є **принципи відшкодування збитків**: відшкодування має бути повним, тобто відшкодовується як позитивна шкода (реальні витрати й втрати кредитора), так і не одержані 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 діяння, яке спричинило шкоду, причинний зв’язок між діянням і шкодою, вина заподіювача шкоди.

**Протиправним** за правом усіх країн є діяння, яким порушено умови договірного 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 причинно-наслідкового зв’язку як умови цивільно-правової відповідальності.

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 психічного (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 з 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** – 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 – обчислюються виходячи не з обсягу завданих кредиторові збитків, а з необхідності покарати за порушення договору у випадках, коли поведінка боржника містить обман або злий умисел, або якщо порушення договору становить самостійний делікт;

- **загальні** збитки – які є природним наслідком порушення даного договору та не потребують доказів від позивача;

- **особливі** збитки – які випливають з особливих фактів чи ситуацій і потребують достовірних доказів; щодо упущеної вигоди позивач повинен довести, що вона передбачалась.

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.

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 не передбачувані обставини: непереборна сила як природного, так і суспільного характеру; випадок (обставини, за які не відповідає жодна із 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 за яке за англо-американською доктриною договору вважається

адекватним реальному виконанню. Отже, боржник у жодному разі не може відмовитись від виконання (виплати компенсації), посилаючись на неможливість цього. Однак судовою практикою встановлено винятки з цього правила – **обставини**, за яких боржник **звільняється від відповідальності**: 1) випадкова загибель предмета договору, що є індивідуально-визначеною річчю; 2) смерть чи хвороба боржника за договором, в якому його особистість має істотне значення; 3) зміни в праві (законодавстві), що створюють неможливість виконання; 4) суттєві зміни зовнішніх економічних обставин, що роблять виконання вкрай невигідним для боржника; 5) 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); 6) нездійсненність виконання – настання обставин, відсутність яких була основною передумовою укладення договору (розглядається в праві США).

**До питання 2. Способи забезпечення виконання зобов’язань у цивільному та торговому праві зарубіжних країн.**

В усіх правових системах 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.п.

**Завдаток** за правом усіх країн – це грошова сума, що видається однією стороною в рахунок належних з неї за договором платежів іншій стороні для підтвердження факту існування договору та забезпечення його виконання.

За правом **Франції**, якщо сторона, що дала завдаток, 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 завдаток, крім виконання вищевказаних функцій, відіграє також роль відступного: особа, що дала завдаток, може вільно відмовитись 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 із сторін у такому випадку, мають відшкодовуватися. Цей засіб забезпечення виконання зобов’язань застосовується в основному за договорами між громадянами або за їх участі.

**Неустойка** 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 кредиторові в разі невиконання чи неналежного виконання зобов’язання. 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 правових систем якщо неустойка встановлена на випадок невиконання зобов’язання, то вона має **альтернативний** характер: кредитор вправі вимагати або виконання зобов’язання в натурі або вплати неустойки. 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 із 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 має право 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 стягуватись понад збитки.

**Англо-американське** право в положеннях про неустойку суттєво відрізняється від континентального насамперед тим, що не містить єдиного терміна, ідентичного поняттю неустойки. В англо-американській правовій системі існує поняття штрафу, 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”.

**Порука** 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, аніж 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**: 1) поручитель відмовляється від свого права не виконувати зобов’язання доти, доки кредитор не застосує інститут примусового виконання до основного боржника; 2) існує кілька поручителів, які відповідають перед кредитором солідарно, навіть якщо вони видали поруку незалежно один від одного; 3) третя особа поручається перед кредитором за виконання зобов’язання першим поручителем з основного зобов’язання; 4) поручитель відповідає перед кредитором остільки, оскільки боржник з основного зобов’язання не задовольнив вимог кредитора; кредитор повинен подати докази того, що він використовував щодо основного боржника всі можливі засоби; 5) третя особа поручається за виконання боржником з основного зобов’язання обов’язку відшкодувати збитки першого поручителя, що виникнуть у останнього внаслідок невиконання боржником зобов’язань перед основним кредитором; перший поручитель вправі скористатися цим засобом після того, як виконав своє зобов’язання перед основним кредитором; 6) поручителем забезпечується виплата суми за векселем (або чеком) у цілому або частково; поручителем може бути або третя особа, або та, підпис якої вже є на векселі (чекові); угода про поруку повинна бути зазначена 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 забезпечення 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**), 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 платежі (забезпечують покупцю повернення авансу, сплаченого ним продавцеві під виконання контракту, у разі невиконання останнім своїх зобов’язань).

**Застава** в усіх зарубіжних правових системах розглядається як одна з основних форм забезпечення виконання зобов’язань, що має речемо-правовий характер. За загальним визначенням, застава є договором, відповідно до якого боржник передає кредитору будь-яке майно для забезпечення свого боргу. Заставодавцем може бути як сам боржник, так і третя особа.

Законодавство **всіх держав**, переважно, регулює **два види застави**: заставу рухомого майна й заставу нерухомого майна. **Застава рухомого майна – заклад** – може бути здійснена як шляхом передачі кредиторові самої речі (фізична передача речі), так і в процесі передачі кредиторові 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, йтимуть 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.

В **англо-американському** праві застава таких речей здійснюється або у формі передачі їх у володіння заставодержателя, або у формі фідуціарної угоди, 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** – здійснюється зазвичай без передачі закладеного майна у володіння заставодержателя. За законодавством деяких країн допускається можливість передачі нерухомого майна у володіння заставодержателя (**ФЦК**).

Предметом іпотеки є нерухоме майно, що знаходиться у сфері торгового обігу, зокрема земельні ділянки, будівлі, споруди, їх 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, **НЦК** розрізняє два види іпотеки: 1) **оборотну**, яка передбачає фактичну передачу кредиторові іпотечного свідоцтва або погодження сторонами умови про те, що кредитор набуває права одержати таке свідоцтво від органа, який веде поземельні книги; 2) **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.

**Спеціальна** іпотека обтяжує тільки певні індивідуально-визначені речі, а не все майно боржника.

В **англійському** праві існує інститут іпотечної застави, 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.

Іпотечна застава за правом **Англії** є **двох видів**: 1) **заснована на нормах загального права** – угода про передання заставодавцем заставодержателю свого права власності на будь-яке майно під певною умовою; вимагає складання іпотечного акту (закладної), після чого заставодержатель може вступати у володіння майном; 2) **заснована на нормах права справедливості** – угода, що обтяжує майно без передачі заставодержателю титулу або інтересу.

**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: 1) 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); 2) за кількістю кредиторів, які беруть в ній участь: з **одним** чи **кількома** кредиторами; 3) за цільовим призначенням іпотеки – на майно, яке **купується**, або яке **будується** та ін.

Законодавству таких країн, як **Франція, ФРН, Англія** та ін. відомий інститут **резервування права власності**, 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 положення про збереження за продавцем права власності на проданий 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 засіб, як правило, не розглядається доктриною як засіб забезпечення цивільно-правових (торгових) зобов’язань, оскільки він не має суто майнового змісту, на відміну від розглянутих вище класичних засобів.

**До питання 3. Зобов’язання із заподіяння шкоди в праві ФРН, Франції, Англії та США.**

У **континентальній** правовій системі деліктні зобов’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: 1) **шкода**, завдана майну чи особистості; 2) **протиправне діяння**, яким заподіяно шкоду; 3) **причинний зв’язок** між протиправним діянням і шкодою; 4) **вина** як психічне ставлення заподіювача шкоди до вчиненого ним порушення та його наслідків.

Як окрема умова відповідальності розглядається в континентальному 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 здатні 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 заподіяння 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 здоровю (**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; 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 (номінальної) суми, яка підтверджує право потерпілого (кредитора).

**Протиправні дії** виявляються в порушенні норм об’єктивного права, яке захищає інтереси осіб, і в посяганні на чуже суб’єктивне право чи інтерес, зловживанні правом. Доктрина й судова практика **США** класифікують протиправні дії залежно від кількості 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 відповідальності 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 еквівалентності, 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 відповідальності за заподіяння шкоди **вину** делінквента. На відміну від договірних відносин у зобов’язаннях із заподіяння шкоди наявність вини відповідача не припускається, її слід довести; тягар доказування вини покладено на потерпілого. Форма вини (умисел, недбалість, необережність), як правило, не впливає на розмір відповідальності. Спільна вина кількох осіб спричиняє солідарну відповідальність. Наявність вини потерпілої особи у формі недбалості або необережності зменшує розмір відповідальності делінквента. Якщо вина потерпілого існує у формі умислу, а також у разі прохання або згоди його на спричинення йому шкоди, заподіював шкоди звільняється від відповідальності.

У передбачених законом і судовою практикою випадках можливе настання так званої **абсолютної відповідальності**, тобто відповідальності **незалежно від вини**, без вини заподіювача шкоди. До **обставин**, які спричиняють безвинну відповідальність у країнах **континентального права** відносять: заподіяння шкоди діями працівників під час виконання службових обов’язків, за які відповідає роботодавець, заподіяння шкоди будівлями, тваринами, неякісними товарами, джерелом підвищеної небезпеки, а також спричинення моральної шкоди поширенням відомостей, які порочать честь, гідність чи ділову репутацію.

У країнах **англо-американського** права такими **обставинами**, як правило, є: заподіяння шкоди тваринами; заподіяння шкоди пасажирові в момент посадки чи висадки, старту, польоту чи посадки літака; унаслідок недоліків товарів та послуг, діяльності, що створює підвищену небезпеку.

Право цих країн визнає можливість **звільнення від відповідальності** за заподіяння шкоди, якщо: делінквент діяв у стані необхідної оборони, захищав власність, виконував державні функції, шкоду завдано з вини 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.

**До питання 4. 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.

Судовою практикою, виходячи з конституційного закріплення прав особистості та їх недоторканності, визначено інші види порушень, які є підставою для виникнення зобов’язань з компенсації моральної шкоди: порушення таємниці листування та записів конфіденційного характеру, втручання в приватне життя особи внаслідок несанкціонованої фотозйомки, розголошення відомостей про приватне життя та ін.

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.

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 – 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 ушкодження вона має бути замінена (грішми). 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., травма щелепи – в 6250 ф.ст. і т.п.

**Особистісний підхід** полягає в тому, що глибина переживань, викликаних ушкодженням здоровя, залежить від особливостей психіки потерпілої особи. Тому призначення компенсації має на меті поповнити певним чином втрату можливості насолоджуватися життям у теперішньому й майбутньому (втрату щастя).

**Функціональний підхід** передбачає неможливість встановити “цінність” щастя, а тому суд має присуджувати позивачеві таку суму, котрої було б достатньо для його задоволення.

**Лекція №11**

**Тема 1.11: Договори в цивільному праві зарубіжних країн.**

**План**

1. Поняття договору в цивільному праві зарубіжних країн. Класифікація договорів.

2. Зміст договору в романо-германській та англо-американській правових системах.

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

**Література:** [15]; [21]; [42]; [43]; [44].

**Зміст лекції**

**До питання 1. Поняття договору в цивільному праві зарубіжних країн. Класифікація договорів.**

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 “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 інше.

В **англійському** праві немає легального визначення договору як правової категорії. Судова практика та доктрина розглядає **договір як обіцянку** 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. 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 випливає з угоди сторін. Відповідні легальні тлумачення договору закріплено і в цивільних кодексах тих штатів, у яких вони існують.

**Класифікація** договорів у зарубіжних правових системах здійснюється за різноманітними підставами.

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.

**Відплатними** 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.

Відплатні 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 обчислення в момент укладання договору вигоди і можливих збитків у разі виконання договору (договір страхування, договір купівлі-продажу будинку на умовах довічного утримання продавця, 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 кредиторові 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”. 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.п.). 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**, 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 рішення суду й сторона визнає свій обов’язок у судовому засіданні.

**Виконані** договори – це договори, в яких принаймні одна зі сторін хоча б частково виконала свої обов’язки, а договори, **що підлягають виконанню,** – 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 маються на увазі** (у тому числі квазідоговори) – це такі договори, в яких наміри сторін не відображено або не чітко відображено, або існування й умови яких випливають 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, 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 інші.

Американське право визнає як окремий вид **дискреційні** договори, в яких оферент не може відкликати свою оферту й адресат оферти має право прийняти її в будь-який час протягом визначеного терміну або поступитися своїми правами іншій особі.

**До питання 2. Зміст договору в романо-германській та англо-американській правових системах.**

**В усіх правових системах** договір є формою зобов’язальних відносин і, відповідно, має **структуру**, яка включає суб’єктів, обєкт (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’єкту 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** усі умови договорів поділяються на істотні, звичайні і 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 торговельного (ділового) обігу.

**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 договору – 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 і другорядні або прості.** 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** договору та **умов, які припускаються.** Явні умови чітко і ясно сформульовані в договорі, а умови, які припускаються, 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).

**До питання 3. Умови дійсності та законні підстави договору в континентальному та англо-американському праві.**

**Умовами дійсності договору** є ряд передбачених законом (прецедент ним 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 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) обігу.

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 “доброчинності”, 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. Обовязковим елементом згоди є її вільне волевиявлення, досягнення її в результаті добровільних переговорів. Тобто ця згода дається добровільно, не під впливом третьої особи або контрагента. 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.

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 згадувані договори “за печаткою” і договори “за рішенням суду”, що укладаються в особливій формі, яка є єдиною умовою їх дійсності.

Письмова форма є обов’язковою тоді, коли вона передбачена законом. Як правило, вона вимагається в договорах на певну суму, наприклад 500 франків (**Франція**), 500 доларів (**США**), або залежить від строку дії договору, або встановлюється для певних видів договорів (неустойка, застава 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 в письмовій формі, наслідком недотримання якої є недійсність 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; договори на продаж товарів.

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** правової системи допускається існування й **абстрактних угод**, дійсність яких не залежить від каузи.

В **англо-американській** правовій системі розглянуті вище умови дійсності договору формулюються в трьох обов’язкових елементах: **угода сторін** (сторони, здатні до вчинення правових актів, погоджують усі істотні умови в належній формі); **зустрічне надання** (винагорода) і **намір** сторін створити адекватні **правові наслідки**.

За **англійським** правом **намір створювати правові наслідки** є незалежним і самостійним елементом договору; відповідно він потребує 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 сторін 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 договору як узгодженого обміну обіцянками, кожна з яких має обов’язковий 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.

В **американському** договірному праві, поряд з цим, існує поняття “ромissory 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.

**Лекція № 12**

**Тема 1.12: Загальні аспекти деяких видів договорів в цивільному праві зарубіжних країн.**

**План.**

1. Порядок укладення деяких видів договорів.
2. Оферта й акцепт у цивільному праві зарубіжних країн.

**Література:** [15]; [21]; [42]; [43]; [44].

**Зміст лекції**

**До питання 1 та 2. Порядок укладення деяких видів договорів.**

**Оферта й акцепт у цивільному праві зарубіжних країн.**

Договір 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 із сторін у вигляді пропозиції іншій стороні 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) договору**: виставлення товару із зазначенням ціни, вивішування прейскурантів 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 оферент зобов’язаний зробленою в ній пропозицією. Оферта закінчується у строки, зазначені в ній самій, або в розумні терміни.

За законодавством **Німеччини** оферент може відкликати свою пропозицію тільки до того моменту, поки адресат не одержав оферту, або ж якщо відкликання надійде одночасно з офертою.

**Другою стадією** укладення договору є відповідь на пропозицію зі згодою укласти договір – **акцепт**. За загальним правилом акцепт повинен бути безумовним, тобто містити згоду особи, яка його надсилає (акцептанта), на укладення договору на запропонованих оферентом умовах. Відповідь, яка містить якісь зміни чи доповнення до висловлених в оферті умов, вважається новою офертою (**контрофертою**). Найбільш чітко цей принцип закріплено в законодавстві **Німеччини**. В інших країнах він, переважно, відображається в судовій практиці.

В **англо-американській системі** це правило не є безперечним. За **англійським загальним правом** акцепт повинен бути безумовним. У сучасному **американському праві** акцепт, який пропонує доповнення чи зміни до умов оферти, вважається акцептом, якщо акцептант не вважає згоду оферента на ці доповнення умовою дійсності його акцепту.

**Момент укладення договору** в праві зарубіжних країн визначається моментом **одержання** акцепту оферентом (**романо-германське право**) або моментом **відправлення** акцепту акцептантом (**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.

**Лекція № 13**

**Тема 1.13: Загальні положення сімейного права в зарубіжних правових системах**

**План**

1. Поняття та умови укладення шлюбу в праві зарубіжних країн.
2. Підстави припинення шлюбу в різних цивільно-правових системах**.**
3. Права та обов’язки подружжя в континентальному та англо-американському праві.
4. Правовідносини батьків і дітей у зарубіжних цивільно-правових системах.

**Література:** [15]; [21]; [42]; [43]; [44].

**Зміст лекції**

**До питання 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 (двоюрідні 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 укладати 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 публічно 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 оспорювання його в суді. Порушення однієї й тієї ж умови може призводити до абсолютної недійсності шлюбу в одній країні та можливості його оспорювання — 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 оспорювання 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.

**До питання 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 укладати 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.

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 унеможливлює 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 укладати 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.

**До питання 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 (роз­дільних) 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 (будинок, 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 званим 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.

**До питання 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.

**Лекція № 14**

**Тема 1.14: Спадкове право в зарубіжних правових системах.**

**План**

1. Поняття й загальні положення спадкового права зарубіжних країн.

2. Спадкування за заповітом у цивільному праві зарубіжних країн.

3. Спадкування за законом у різних правових системах.

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

**Література:** [45]; [46]; [47]; [48]; [49]; [50].

**Зміст лекції**

**До питання 1. Поняття й загальні положення спадкового права зарубіжних країн.**

В усіх зарубіжних правових системахспадкове право 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.

**Спільними для всіх країн** є, зокрема, поняття:

**Спадкування** – перехід прав і обов’язків померлого до його спадкоємців;

**Спадкодавець** – особа, що померла і майно якої 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** свободи заповіту та охорони інтересів родини спадкодавця. **Принцип свободи 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. **Охорона інтересів родини спадкодавця** також є одним із принципів спадкового права зарубіжних країн.

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.

Але 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 з 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.

**До питання 2. Спадкування за заповітом у цивільному праві зарубіжних країн.**

**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).

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 аптекарів, 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** встановлює **такі 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 частка).

Відповідно до законодавства **ФРН** особи, які мають право на таку “обов’язкову частку”, 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 ½ того майна, що належало б їм у разі спадкування за законом.

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 **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. Не емансиповані неповнолітні, що досягли 16 років, можуть скласти заповіт на ½ 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 може укладати 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. 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. 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 через продаж, дарування чи складання заповіту; інша частина майна резервується в інтересах родини.

На долю дітей та інших низхідних родичів у будь-якому разі припадає (резервується) від ½ до ¾ спадкового майна. Якщо немає низхідних, то висхідні родичі прямої лінії отримують від ¼ до ½ частини майна. Якщо в спадкодавця на момент смерті була одна дитина, то резервується ½ майна, якщо дві дитини – 2/3, якщо три і більше дітей – ¾ всього майна. Під дітьми розуміють також онуків і правнуків та інших прямих родичів, 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** 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 нездійсненним. У разі розірвання шлюбу заповіт, що був складений на користь чоловіка чи дружини, скасовується.

В **Англії та США**, 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).

За **англійським законодавством** здатність вчиняти заповіт виникає лише з досягненням повноліття (18 років). Виняток зроблено для моряків у плаванні та військовослужбовців, які можуть укладати 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, ніж 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 укладати **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 з 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 рік) 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**. 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 частку – 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 управомочені 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.

**До питання 4. Реалізація спадкових прав у країнах континентальної та англо-американської правових систем.**

Законодавство **Німеччини** 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, 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.

**СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:**

1. Васильев С.В. Частное и публичное право в России: Историко-теоретический анализ. – СПб., 2000.
2. Гражданское и торговое право зарубежных государств / Под ред. Е.А. Васильева, А.С. Комарова. – М., 2004.
3. Интерес в публичном и частном праве. – М., 2002.
4. Канзафарова И.С. Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебное пособие. – Харьков, 2003. – С.4-14.
5. Кодификация российского частного права / Под ред. Д.А. Медведева. – М.: Статут, 2008. – 336 с.
6. Коммерческое право зарубежных стран: Учебник. – СПб., 2005. – 502 с.
7. Сібільов М. Загальна характеристика сфери приватного права // Вісник Академії правових наук України. – 2001. - №2 (25). – С.123-134.
8. Харитонов Є.О. Історія приватного (цивільного) права Європи. – Ч.1. Витоки. – Одеса, 1999.
9. Харитонов Є.О. Історія приватного права Європи: Східна традиція. – Одеса, 2000.
10. Харитонов Є.О. Історія приватного права Європи: Західна традиція. – Одеса, 2001.
11. Харитонов Є.О. Приватне право у Стародавньому Римі. – Одеса, 1996.
12. Харитонов Є. Традиція приватного права в Україні: Між Сходом і Заходом (деякі питання методології розробки концепції приватного права в Україні) // Юридична Україна. – 2003. - №2. – С.14-19.
13. Харитонова О.І., Харитонов Є.О. Порівняльне право Європи: Основи порівняльного правознавства. Європейські традиції. – Х.: Одіссей, 2002.
14. Шимон С.І. Цивільне та торгове право зарубіжних країн: Навч. посіб. (Курс лекцій). – К.: КНЕУ, 2004. – 220 с. (С.10-36).
15. Бернхем В. Вступ до права та правової системи США: Пер. з англ. – К.: Україна, 1999. – 554 с. (С.42-70, 373-376).
16. Германское право. Часть 1. Гражданское уложение. – М., 1996.
17. Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебное пособие / Под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. – М.: МЦФЭР, 2004. – 896 с. (С.8-39).
18. Гражданское и торговое право капиталистических государств / Отв. ред. Е.А.Васильев. – М.: Международные отношения, 1993. – 560 с. (С.29-62).
19. Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. – М.: Спарк, 2001. – 767 с. (С.290-296).
20. Загайнова С.К. Судебный прецедент: Проблемы правоприменения. – М., 2002. – С.38-55.
21. Канзафарова И.С. Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебное пособие. – Харьков, 2003. – С.5-77, 102-136.
22. Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование. – М.: НОРМА, 1999. – С.1-12.
23. Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии / Пер. с нем. – М., 2001.
24. Романов А.К. Правовая система Англии. – М.: Дело, 2000. – 344 с.
25. Савельев В.А. Гражданский кодекс Германии. История, система, институты. – М., 1994.
26. Харитонова О.І., Харитонов Є.О. Порівняльне право Європи: Основи порівняльного правознавства. Європейські традиції. – Х.: Одіссей, 2002.
27. Цивільне право України / За ред. О.В.Дзери, Н.С.Кузнєцової. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – Кн.1. – С.51-77.
28. Шимон С.І. Цивільне та торгове право зарубіжних країн: Навч. посіб. (Курс лекцій). – К.: КНЕУ, 2004. – С.37-61.
29. Богатых Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П.Сергеева, Ю.К.Толстого. – М., 1997. – Ч.1. – С.58-75.
30. Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. – М., 2001. – С.297-300.
31. Богатых Е. Гражданское и торговое право (От древнеримского к современному российскому). – М., 2000. – С.43-56, 65-87.
32. Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П.Сергеева, Ю.К.Толстого. – М., 1997. – Ч.1. – С.58-75, 110-168
33. Канзафарова И.С. Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебное пособие. – Харьков, 2003. – С.14-77, 102-136.
34. Костин А.А. Правовое положение торговых товариществ в капиталистических и развивающихся странах. – М., 1979. – С.8-18.
35. Ніведа Рікс. Історія виникнення юридичних осіб в англосаксонській і континентальній системах права // Право України. – 1998. - №9. – С.93-94.
36. Сравнительно-правовое исследование. – М., 1999. – С.90-103.
37. Гончаренко М. Речеві права на нерухомість в зарубіжних правових системах // Українське право. – 1998. - №1 (9). – С.140-145.
38. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. – М., 1999. – С.63-69.
39. Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. – М., 2001. – С.403-435.
40. Майданик Р.А. Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. – К., 2002.
41. Погрібний С.О. Порівняльно-правовий аналіз інституту володіння у континентальній, англосаксонській та східноєвропейській системах права. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2001. – 20 с.
42. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. – Книга вторая. Договоры о передаче имущества. – М.: Статут, 2000. – 714 с.
43. Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебное пособие / Под. общ. ред. В. В. Безбаха и В. К. Пучинского. – М.: МЦФЭР, 2004. – 530 с.
44. Цивільне право України: Підручник / Є. О. Харитонов, Н. О. Саніахметова. – К.: Істина, 2005. – 776 с.
45. Гришаев С. П. Наследственное право. – М.: Юристъ, 2002. – 125 с.
46. Заіка Ю. О., Рябоконь Є. О. Спадкове право: Навч. посіб. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – 352 c.
47. Основные институты гражданского права зарубежных стран: Сравнительно-правовое исследование. – М.: Норма, 2000. – 648 c.
48. Паничкин В. Б. Наследственное право США. – СПб., 2006. – 848 с.
49. Фурса С. Я., Фурса Є. І. Спадкове право. Теорія і практика. – К.: АТІКА, 2002. – 456 с.
50. Шилохвост О. Ю. Наследование по закону в российском гражданском праве. – М.: Норма, 2008. – 272 с.