

**МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
ДЕРЖАВНИЙ ВИЩИЙ НАВЧАЛЬНИЙ ЗАКЛАД
«ПРИКАРПАТСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ІМЕНІ ВАСИЛЯ СТЕФАНІКА»
НАВЧАЛЬНО-НАУКОВИЙ ЮРИДИЧНИЙ ІНСТИТУТ**

На правах рукопису

СХАБ-БУЧИНСЬКА ТЕТЯНА ЯРОСЛАВІВНА

УДК 347.441.4(477)

**ОБМЕЖЕННЯ ДОГОВІРНОЇ СВОБОДИ В
ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ**

Спеціальність: 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес;
сімейне право; міжнародне приватне право

Дисертація на здобуття наукового ступеня
кандидата юридичних наук

Науковий керівник:
Васильєва Валентина Антонівна
доктор юридичних наук, професор

ЗМІСТ

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ.....	3
ВСТУП.....	4
РОЗДІЛ 1. ПОНЯТТЯ СВОБОДИ ДОГОВОРУ ТА ЇЇ ОБМЕЖЕНЬ.....	11
1.1. Еволюція договірної свободи та її поняття	11
1.2. Поняття обмежень договірної свободи та його види	29
Висновки до розділу 1:	55
РОЗДІЛ 2. МЕХАНІЗМ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВІРНОЇ СВОБОДИ.....	58
2.1. Обмеження договірної свободи у механізмі правового регулювання.....	58
2.2. Обмеження договірної свободи в окремих видах договорів	82
2.3. Співвідношення обмежень договірної свободи з іншими правовими категоріями.....	112
Висновки до розділу 2:	126
РОЗДІЛ 3. ІНШІ КРИТЕРІЇ ЯК ОСНОВА ОБМЕЖЕНЬ ДОГОВІРНОЇ СВОБОДИ.....	129
3.1. Оціночні поняття як критерії обмежень договірної свободи	129
3.2. Звичай ділового обороту як обмежувачі договірної свободи.....	144
3.3. Зловживання договірною свободою та їх правові наслідки	152
Висновки до розділу 3:	167
ВИСНОВКИ.....	170
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	174

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ

ЦК України – Цивільний кодекс України;

ВСУ – Верховний Суд України;

ВГС України – Вищий господарський суд України;

КСУ – Конституційний Суд України;

ВРУ – Верховна Рада України;

ГК України - Господарський кодекс України;

ЄС – Європейський Союз

ЗУ «Про захист прав споживачів» - Закон України «Про захист прав споживачів»

НБУ – Національний банк України

Вступ

Актуальність дослідження. У 2004 році було прийнято чинні Цивільний та Господарський кодекси України. Прийняття цих двох нормативно-правових актів ознаменувало абсолютно новий підхід до розуміння свободи договору шляхом якнайширшого застосування диспозитивного методу регулювання договірних відносин, закріплення основних принципів, через які розкривається договірна свобода. Але разом з тим на порядок денний сучасної доктрини договірного права виходить ідея деякого обмеження свободи договору, ідея співробітництва та досягнення спільної мети.

Неоднозначна судова практика доводить актуальність цієї тематики. Складність судових справ цієї категорії, у більшості випадків викликана саме проблематикою свободи волевиявлення, меж та обмежень у правочинах. Саме це й зумовило актуальність обраної теми для проведення комплексного дослідження у цій сфері. Цивільно-правове регулювання меж та обмежень свободи договору вимагає ретельного аналізу й осмислення, зіставлення з іншими інститутами з метою удосконалення норм зобов'язального права.

В українській цивілістиці межі та обмеження свободи договору досліджені лише частково. Зазвичай вони аналізувалися як певні особливості при розкритті окремих видів договорів. Певною мірою на монографічному рівні дана проблематика досліджувалась А. В. Луць у кандидатській дисертації “Свобода договору у цивільному праві” (2001 р.), В. О. Горєвим у дисертаційному дослідженні “Свобода договору як загальна засада цивільного законодавства України” (2007 р.).

Теоретичну основу для висновків, зроблених у дисертації, становлять праці таких відомих вчених-цивілістів як М. М. Агарков, С. М. Братусь, О. С. Іоффе, І. Т. Тарасов, Г. Ф. Шершеневич, а також сучасних науковців – О. А. Беяневич, В. А. Бєлова, О. М. Вінник, В. А. Васильєвої, В. В. Васильєвої, В. О. Горєва, О. В. Дзери, А. С. Довгєрта, О. Р. Кібенко, А. В. Коструби, Н. С. Кузнєцовой, В. В. Луця, А. В. Луць, Р. А. Майданика,

В. М. Махінчука, Є. О. Мічуріна, С. О. Погрібного, О. П. Подцерковного, Я. М. Шевченко та інших правознавців.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Дисертацію виконано на кафедрі цивільного права навчально-наукового юридичного інституту Державного вищого навчального закладу «Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника» в межах науково-дослідної роботи на тему «Правові проблеми здійснення майнових та особистих немайнових прав в умовах ринкової економіки» (номер державної реєстрації 0110U001557). Тема дисертації затверджена на засіданні Вченої ради Державного вищого навчального закладу «Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника» 28 грудня 2010 року (протокол № 12).

Мета і задачі дослідження. *Мета* дисертаційного дослідження полягає у виявленні та вирішенні комплексу теоретичних і практичних проблем доктрини цивільного права, пов'язаних із визначенням особливостей та закономірностей обмежень та меж договірної свободи, їх місця в механізмі цивільно-правового регулювання.

Досягнення поставленої мети передбачає вирішення таких задач:

- дослідити еволюцію договірної свободи;
- виявити правову природу обмежень свободи договору та меж свободи договору та здійснити розмежування цих понять;
- охарактеризувати ознаки обмежень договірної свободи;
- провести класифікацію обмежень договірної свободи;
- визначити місце обмежень договірної свободи в механізмі цивільно-правового регулювання;
- з'ясувати роль обмежень договірної свободи в окремих видах договорів;
- встановити співвідношення обмежень договірної свободи з іншими правовими категоріями;
- проаналізувати оціночні поняття як критерії обмежень договірної свободи;
- з'ясувати поняття зловживання договірною свободою;

- провести класифікацію зловживань договірною свободою;
- визначити правові наслідки зловживання договірною свободою;
- розробити та сформулювати пропозиції щодо внесення змін до законодавства України.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини, що складаються у сфері встановлення меж та обмежень договірної свободи в цивільному праві України.

Предметом дослідження є теоретичні основи та практичні питання правового регулювання відносин у сфері реалізації принципу свободи договору, його меж та існуючих обмежень даного принципу, відповідні нормативно-правові акти України та законодавство іноземних держав, міжнародно-правові акти, практика їх застосування, а також спеціальна вітчизняна та іноземна наукова література.

Методи дослідження, що використовувалися в процесі здійснення дисертаційного дослідження, були обрані відповідно до мети і задач дослідження, з урахуванням його об'єкта та предмета. Було використано дві групи методів наукового пізнання – загальнонаукові та спеціальні методи пізнання правових явищ.

За допомогою історико-правового і порівняльного методів простежено послідовність розвитку обмежень договірної свободи в процесі зміни соціально-економічних епох і відповідно зміни підходів до регулювання договірних відносин (підрозділ 1.1.); системний, який надав можливості підійти до аналізу меж та обмежень при укладенні, виконанні, зміні чи розірванні договору із системних позицій у суцільній єдності з усіма умовами дійсності правочинів (підрозділ 1.2.); метод тлумачення (буквального, логічного, систематичного) використовувався у процесі аналізу змісту актів цивільного та господарського законодавства та практики їх застосування (підрозділ 2.3., 3.1,3.2,3.3.); порівняльно-правовий метод застосовувався для аналізу положень національного законодавства, стосовно обмежень договірної свободи, у порівнянні із законодавством країн-членів ЄС (підрозділ 2.2.); логіко-догматичний та герменевтичний методи сприяли аналізу й тлумаченню норм

цивільного права та співставленню різнопланового законодавчого регулювання окремих договірних конструкцій (підрозділ 2.1.); метод прогнозування застосовано для виявлення шляхів удосконалення нормативно-правового регулювання обмежень свободи договору (підрозділ 2.2.).

Наукова новизна одержаних результатів полягає у таких наукових положеннях, що мають ознаки новизни і виносяться на захист:

Вперше:

1) виділено ознаки обмежень договірної свободи: 1) спрямованість на утримання від здійснення певних дій однією стороною договору та одночасне задоволення інтересів протилежної сторони договору чи суспільних інтересів в цілому; 2) націленість на захист публічного порядку, суспільної моралі; 3) закріплення в нормах права або в положеннях договору; 4) зменшення обсягу свободи, прав; 5) реалізація за допомогою обов'язків, заборон тощо;

2) запропоновано класифікацію обмежень свободи договору залежно від їх дії на сторін договору на: односторонні; двосторонні; багатосторонні;

3) доведено, що переважні права є одним із видів обмежень договірної свободи, оскільки вони зумовлюють обмеження укладення договору одним суб'єктом договірних правовідносин у зв'язку з пріоритетним правом на укладення договору іншого суб'єкта;

4) досліджено ознаки переважних прав як обмежувачів договірної свободи та виокремлено наступні: 1) обмеження договірної свободи одних суб'єктів одночасно зумовлює привілейоване становище інших; 2) мають обмежувачий характер лише у випадку реалізації їх володільцями 3) не зумовлюють обов'язкового визнання недійсності (нікчемності) договору;

5) запропоновано авторське визначення зловживання договірною свободою як юридично значущої поведінки сторони договору, яка полягає у соціально шкідливих діях, що суперечать ролі договору, як цивільно-правового інституту;

Удосконалено:

6) поняття обмежень договірної свободи як певних виключень стосовно можливої поведінки суб'єкта в договірних правовідносинах, які ускладнюють здійснення прав та інтересів однієї сторони договору з метою охорони чи сприяння реалізації прав та інтересів іншої сторони договору, суспільних інтересів, а також прав інших осіб;

7) поняття меж договірної свободи як граничної можливості реалізації прав та інтересів, а також мінімально встановленої необхідності виконання обов'язків, яка передбачена законом чи договором та зумовлена потребою захисту моральних засад, суспільних інтересів та публічного порядку;

8) класифікацію обмежень договірної свободи: (а) залежно від виду акта, яким передбачено обмеження: 1) обмеження договірної свободи, які передбачені нормативними актами; 2) обмеження договірної свободи, які передбачені договорами, в тому числі нормативними актами індивідуального характеру; (б) залежно від факторів, що обумовлюють обмеження договірної свободи: 1) економічно обумовлені, 2) соціально обумовлені, 3) політично обумовлені; 4) технічно обумовлені, 5) екологічно обумовлені;

Дістало подальший розвиток

9) розуміння категорії "свободи договору" у широкому та вузькому значеннях. У широкому значенні, договірна свобода – це принцип цивільного права, зміст якого полягає в забезпеченні та гарантуванні суб'єкту цивільних правовідносин вільного волевиявлення при реалізації його договороздатності. У вузькому значенні, договірна свобода – це надана сторонам можливість вступати у переддоговірні відносини, укладати договір, обирати контрагента за договором, визначати вид, форму та зміст договору, змінювати та розривати договір, при цьому дотримуючись норм цивільного права та моральних засад суспільства;

10) наукове положення про те, що неприпустимість зловживання договірною свободою виконує функцію межі дії принципу свободи сторін у договірних зобов'язаннях;

11) положення про те, що несправедливим є обмеження дії Закону України "Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань" виключно правовідносинами, що виникають між юридичними особами. Запропоновано поширити дію даного Закону і на правовідносини, що виникають між юридичними та фізичними особами, а також між фізичними особами;

12) класифікація зловживань договірною свободою: (а) залежно від стадії договірного правовідношення: 1) зловживання свободою в процесі укладення договору; 2) зловживання свободою під час виконання договору; 3) зловживання свободою на стадії припинення договору; (б) залежно від елементів змісту принципу свободи договору: 1) зловживання свободою вибору виду договору, що укладається; 2) зловживання свободою у визначенні умов договору.

Практичне значення одержаних результатів полягає в тому, що в дисертації сформульовано низку пропозицій по удосконаленню українського законодавства, що можуть бути використані у нормотворчій діяльності для вдосконалення норм Цивільного кодексу України, Господарського кодексу України, інших актів законодавства.

Матеріали дисертаційної роботи можуть бути використані при підготовці навчально-методичної літератури, а також в науково-дослідній роботі. Результати дослідження можуть бути використані в навчальному процесі при викладанні дисциплін «Цивільне право України», «Договірне право України» та «Договір як цивільно-правова форма товарного обороту». Окремі положення і висновки, сформульовані в дисертації, мають методологічний характер, що обумовлює перспективу проведення подальших досліджень на обрану тематику.

Особистий внесок здобувача. Дисертація є самостійною, завершеною науковою працею, в якій висвітлений авторський підхід щодо розуміння меж свободи договору в цивільному праві та її обмежень. Викладені в дисертації

наукові положення, висновки і рекомендації, що виносяться на захист, отримані автором самостійно. Всі праці виконані автором без співавторства.

Апробація результатів дисертації. Основні положення дисертації обговорювались на засіданнях кафедри цивільного права навчально-наукового юридичного інституту Державного вищого навчального закладу «Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника».

Основні результати дисертаційного дослідження оприлюднені на таких конференціях та семінарах: XI Міжнародній науково-практичній інтернет-конференції "Розвиток України в XXI столітті: економічні, соціальні, екологічні, гуманітарні та правові проблеми" (м. Тернопіль, 2011 р.), Всеукраїнській науково-практичній конференції молодих вчених та аспірантів "Вдосконалення правового регулювання прав та основних свобод людини і громадянина" (м. Івано-Франківськ, 27-28 квітня 2012 р.), Всеукраїнській науково-практичній конференції молодих вчених та аспірантів "Вдосконалення правового регулювання прав та основних свобод людини і громадянина" (м. Івано-Франківськ, 26 квітня 2013 р.), Всеукраїнській науково-практичній конференції "Тенденції та пріоритети реформування законодавства України" (м. Херсон, 11-12 грудня 2015 р.), Міжнародній науково-практичній конференції "Право як ефективний суспільний регулятор" (м. Львів, 20-21 лютого 2015 р.), Всеукраїнській науково-практичній конференції молодих вчених і аспірантів «Вдосконалення правового регулювання прав та основних свобод людини і громадянина» (м. Івано-Франківськ, 13-14 травня 2016 р.), Міжнародній науково-практичній конференції «Національні та міжнародні стандарти сучасного державотворення: тенденції та перспективи розвитку» (м. Харків, 5-6 серпня 2016 р.).

Публікації. Основні положення та висновки дисертації знайшли відображення у 13 наукових публікаціях, зокрема, у 4 наукових статтях, опублікованих у наукових фахових виданнях України, 1 статті у науковому періодичному виданні іншої держави та 8 тезах доповідей на наукових конференціях.

РОЗДІЛ 1

ПОНЯТТЯ СВОБОДИ ДОГОВОРУ ТА ЇЇ ОБМЕЖЕНЬ

1.1. Еволюція договірної свободи та її поняття

Свобода договору, разом із свободою власності невіддільно пов'язані із свободою особистості. Про існування свободи особистості згадувалось ще у Законах XII таблиць. Договірне право займало особливе місце в Римському приватному праві.

На початковій стадії розвитку договірне право Римської імперії характеризувалося формалізмом. Не всяка угода визнавалася договором. Для того, щоб угода була визнана договором, потрібно було дотримання певних умов, а саме вільне волевиявлення сторін, правосуб'єктність сторін, необхідна форма волевиявлення, визначення предмета договору та вчинення ряду інших формальних іноді навіть майже обрядових вимог. Договірна система Стародавнього Риму розрізняла два види договорів, а саме контракти та пакти. Система контрактів була замкнутою, через що тривалий час не визнавалися ними угоди, не передбачені приватним правом.

Пізніше у класичний період розвитку Римської імперії договірне право розширило свої межі. Таким чином, римляни отримали змогу укласти різносторонні договори. Під поняттям договору вони розуміли двосторонню угоду, в якій передбачали певні умови щодо виникнення, зміни чи припинення прав та обов'язків.

Вважалося, що свобода волі існує там, де панує свобода особистості. Свобода волі означала свободу вибору. Але свобода не була вседозволеною, а обмежувалася конкретно встановленими рамками. Дигести Юстиніана стосовно цього містять висловлювання Претора: «Я буду охороняти договори, які здійснені не внаслідок злого наміру, не всупереч законам, плебісцитам, сенатусконсультам, декретам, едиктам принцепсів та не в обхід будь-якого з цих правил» [56, с.62]. Далі в законодавстві уточнювалось: "Договори, укладені

на ганебних підставах, не підлягають виконанню (наприклад, договір про те, що потерпілий не буде пред'являти позов за крадіжку або завдану образу; не можна укласти договір, за яким законодавець відмовляється від інтердикту *unde vi*, тому що це зачіпає суспільні відносини; договір, зміст якого виходить за межі приватної справи, не підлягає виконанню" [136, с. 200].

Радянський професор І.Б. Новицький зазначає, що за римським правом необхідною умовою дійсності договору є законність його змісту. Предметом договору не може бути дія, що порушує норми права (наприклад, недійсною є угода про лихварські відсотки). До протизаконної угоди прирівнюється угода, яка суперечить нормам моралі або «добрим звичаям» – *boni mores* (наприклад, недійсним є зобов'язання не вступати у шлюб) [128, с. 160].

Юристи та філософи Стародавнього Риму визнавали, що свобода не може бути безмежною і доводили, що абсолютна свобода могла б призвести до свавілля та хаосу в суспільстві. Під поняттям «свавілля» малось на увазі можливість діяти на власний розсуд, не зважаючи на волю та думку інших. В книзі 9-й Інституцій Юстиніана зазначено, що "Свобода є природною здатністю кожного робити все що завгодно, якщо це не заперечується силою чи правом" [77, с. 194]. Свобода відрізнялася від свавілля, адже вона окреслена певними межами, яких повинні дотримуватися громадяни, задля реалізації своїх інтересів та цілей. Але свобода особистості також не може бути безмежною. Вона обмежується відомими рамками. Право забезпечує людині безперешкодне користування своїми суб'єктивними правами.

Російський дослідник Д. В. Дождев підкреслює, що римському праву небайдужий зміст волі: інтерес, який мають на меті сторони, може вважатись визнаним на двох підставах: угода не повинна суперечити закону та моральності (добрим звичаям) і має бути спрямована на досягнення визнаної правопорядком соціальної або господарської мети [60, с.129]. Таким чином, закон містив критерії недійсності договору, деякі з яких були неюридичними. Наявність таких критеріїв дозволяло не допустити виконання аморальних, антисоціальних зобов'язань. Тож загалом у римському праві існувало

обмеження приватної волі публічним інтересом при вчиненні правочинів, яке було втілене у *lex publica* (закон), *boni mores* (моральність) та *iusta causa* (законна причина, соціальна або господарська мета).

Епоха феодалізму у порівнянні з Римським приватним правом характеризувалось суттєвим спадом інтересу до проблем договору, свободи договору. Феодальне право, виступаючи як засіб регулювання феодальних відносин, представляє крок вперед за своїм внутрішнім змістом, але по своїй зовнішній формі, юридичній техніці, розробленості інститутів значно поступається вищим зразкам права стародавнього світу. Для нього характерний уповільнений хід розвитку як результат консервації правових звичаїв, багато в чому зумовлені особливостями варварської епохи, правовий формалізм і примітивність юридичних процедур. Розвиток феодальних відносин призвів до того, що вирішальну роль відігравало звичаєве право. Це відобразилось на регулюванні договірних відносин та свободі договору.

Середньовіччя відзначалося надзвичайною строкатістю. На Півночі діяло звичаєве право, на Півдні, яке раніше входило до складу Римської імперії, продовжувало діяти частково реципійоване римське право. Суспільство було поділене на стани, договірні контакти між якими були досить слабкими.

Панувала цехова монополія. Торгова політика міст зобов'язувала християн торгувати лише на ринку у чітко визначеному місці. Держава жорстко контролювала торгівлю та ремесло, обмежувала приватне підприємництво. Договір купівлі-продажу суворо регулювався правом. Свобода договорів обмежувалася існуванням торгових монополій, прагненням держави впорядкувати всі сторони підприємництва [86, с.35].

Тому характерними ознаками договірної свободи в період феодалізму було: 1) регулювання договірних відносин звичаєвим правом; 2) обмеження свободи в укладенні договору становою приналежністю до певного кола осіб; 3) існуванням цехової монополії та встановленням монопольних цін на ринку.

Епоха Нового часу (XVI – XVII ст.) – це період буржуазних революцій. Зберігаючи зв'язки з феодальними правовими системами, буржуазне право

формувалося на таких принципах як єдність закону, правової рівності, законності, свободи.

Філософ І. Кант вперше розвинув теорію індивідуальної свободи. Він трактував поняття «свобода» в об'єктивному та суб'єктивному значенні. В суб'єктивному розумінні свобода створюється розумом людини, розуміючи необхідність визначених обмежень і накладаючи на себе подібні обмеження. Об'єктивно свобода індивідів, на його думку, матеріалізується в праві в тих же обмеженнях, але вже накладаючись державою у вигляді законів, «з допомогою яких можна визначити кожному «своє» і обмежити його від зазіхань кожного другого» [81, с. 449]. Свобода індивіда була беззмістовною, вона існувала в якості самоцілі не зв'язаної з виробництвом та розподілом майнових та інших благ в суспільстві. Ш. Монтеск'є відмічав: «Дозволь людині робити все, що вона хоче, і ти погубиш її» [122, с. 242]. Обмежуючи свободу кожного відомими межами, право забезпечує йому безперешкодне і спокійне користування своїми правами, гарантуючи йому свободу всередині цих меж. Свобода кожної людини простягається лише до тієї межі, від якої починається свобода інших людей. Прагнучи встановити ці межі, право сприяє тому, щоб у спільному житті людей настав порядок, заснований на свободі [38, с. 85].

В цей час знову набуває свого поширення принцип особистої свободи. Разом з нею розвивається думка про договірну свободу у сучасному розумінні, а саме свободу укладення договору. В той час вона стає однією з провідних ідей. У 1776 році Адам Сміт писав: «Свобода договору - це свобода укладати договір на будь-яких умовах, які видаються найбільш вигідними особі» [6, с. 15]. У буржуазному суспільстві велику роль відігравав договір, контрагентами якого виступали підприємці, робітники. Для його укладення необхідною умовою є рівність та правоздатність сторін, проте в часи буржуазної революції правоздатність для багатьох категорій осіб все ще була обмеженою. Наприклад, дворяни мали деякі привілеї, селяни були обмежені у багатьох відносинах, а жінки обмежувалися в громадянських правах взагалі. Тому свобода в укладенні

договору, не говорячи вже про визначення умов договору та її форми, була все ж таки суттєво обмеженою.

Епоха буржуазного перевороту характеризується появою національних цивільних кодексів, в яких особливе місце приділялось свободі договору.

В книзі Третій Французького Цивільного кодексу («Про різні способи, якими набувається власність») замість нерівності та односторонніх привілеїв феодального договірної права були проголошені «свобода договору» і «рівність сторін у договорі». Це означало, що договір віднині устанавлюється вільним погодженням сторін, і що сторони в договорі мають рівні права і обов'язки. При цьому закон формально надавав рівні права як капіталісту, так і робітнику, котрий до нього наймався. Але їх фактична нерівність дозволяла капіталісту односторонньо диктувати умови договору і доповнювалася юридичною перевагою підприємця. «Хазяїну вірять, — було сказано в Кодексі Наполеона, — щодо його тверджень: про розмір оплати, про сплату винагороди за минулий рік» та ін. (ст. 1781). Все це якнайкраще відповідало інтересам буржуазії. Закріплювалася сувора обов'язковість договору для сторін, що його уклали. «Угоди, які були законно укладені, мають чинність закону для тих, хто їх уклав», — записано в статті 1134 Цивільного кодексу [187, с. 110].

Друга книга Німецького цивільного уложення, яка присвячена праву зобов'язань, містила чимало так званих каучукових норм, які надавали дуже великі можливості для судового розсуду. Визнавалася, наприклад, недійсною «угода, що порушує добрі звичаї» (§ 138), суддям дозволялося тлумачити договори, як того потребують «сумління» і «звичаї обороту» (§ 157) та ін. Такі невизначені критерії дозволяли максимально враховувати інтереси панівних класів [92, с. 96].

В Декларації прав людини та громадянина США від 1789 року зазначалось, що свобода - це можливість робити все те, що не приносить шкоди іншому [98, с. 138]. Але в це формулювання закладені обмежені можливості людини поступати так як їй заманеться, хоча як відзначалося, самі ці обмеження не постійні, оскільки в різні періоди розвитку цивілізації зміст обмежень постійно

змінюється. Якщо свобода людини буде безмежною, вона буде діяти на власний розсуд, незважаючи на волю та інтереси інших, це буде не свобода, а свавілля, хаос. Абсолютна свобода не відповідає інтересам ні індивідуума, ні суспільства в цілому. Вона може призвести до анархії, результатом якої буде руйнування державного устрою та суспільства в цілому.

“Свобода договору” на початку XX ст. була однією з основ цивільного права більшості іноземних країн, сутність якої полягала в праві сторін за їх бажанням як вирішувати питання про укладення договору, так і шляхом “вільної” домовленості визначати його зміст. Початок “свободи договору” традиційно пов’язувався з початком свободи приватної власності, оскільки розпорядження власника речами, як правило, виражається в договірній формі. Західна юриспруденція виводила і свободу власності, і свободу договору із загального початку “свободи” особистості [115, с. 36].

Згодом в іноземній літературі середини XX ст. вже підкреслювалася та обставина, що воля приватних осіб при укладенні договору не має вирішального значення, оскільки значна частина умов заздалегідь визначена для сторін імперативними приписами закону [125, с.24].

Відхід від “свободи” договору, у зазначений період, здійснювався двома шляхами. З одного боку, виконуючи завдання монополістичних об’єднань, держава в окремих випадках втручалася в договірні відносини, контролюючи ввіз і вивіз товарів, встановлюючи в інтересах монополій на них ціни тощо. З іншого боку, монополістичні організації самі отримали можливість створювати своє, так зване “формулярне право”. Монополістичні організації в односторонньому порядку заздалегідь розроблювали формуляри, в яких визначався зміст договору, іншій стороні пропонувалося лише підписати формуляр, що вона й була змушена зробити. Зміст договору в більшості країн початку XX ст. перестає визначатися домовленістю сторін, монополія диктує свої умови, до яких контрагент лише приєднується. Вони дістали назву “договори приєднання”. У зв’язку з тим, що відбулася докорінна зміна як у суспільній оцінці договору, так і в політиці законодавця стосовно нього, саме

право багато в чому стало перешкоджати свободі сторін укласти договір за їх розсудом [6, с. 211].

Загалом XX століття характеризується зміною пріоритетів в капіталістичному суспільстві. Від гонитви за прибутком на перше місце виходить людина як найвища соціальна цінність, захист її прав та свобод. В договірному праві це відобразилось розвитком принципу захисту слабшої сторони.

Як зазначає О.А.Воловик, корінне переосмислення принципу свободи договору у західній правовій доктрині прийнято пов'язувати, зокрема, з ідеєю захисту слабкої сторони, яка виникла із проблематики захисту прав споживачів, тобто вирівнювання диспропорцій, що є наслідком економічної влади. Так, у 1970-і рр. на фоні активної інтеграції ринків європейських держав відбувається переосмислення структури ринків та принципів їх роботи, із зміщенням акцентів з економічних факторів регулювання ринків на позаекономічні складові [39, с. 127].

З 1980-х рр. почався т.з. постінтервенційний етап, що триває до сих пір, поєднуючи намагання його попередників щодо ліквідації інформаційної та договірної диспропорцій відносно споживача. У західній правовій науці виник симбіоз, коли ще вчора єдину парадигму договірного права (свободи договору) доповнила зовсім протилежна - захисту слабкої сторони. Остання спирається на те, що споживачів постіндустріального суспільства за ринковою силою не можна порівнювати з промисловими виробниками, бо споживачі не мають реальної можливості ані обирати, ані узгоджувати умови договорів (договірна диспропорція), а також не володіють у повній мірі інформацією стосовно договірних відносин [73, с. 226].

На порядок денний сучасної доктрини договірного права виходить обмеження свободи договору ідеєю співробітництва та досягнення спільної мети. Одним із засобів реалізації цього виступає конструкція, що дозволяє правопорядку втручатися у відносини сторін ще на стадії формування договору та узгодження його умов [85, с.16]. Іншим засобом є конструкція

«недобросовісної комерційної практики», що забороняє агресивне та близьке до цього нав'язування послуг.

Німецька юридична думка традиційно характеризує зазначені тенденції розвитку європейського договірного права у руслі ідеї справедливості: «свободу договору у сучасній соціальній державі повинно бути замінено «договірною справедливістю»; слабша сторона повинна бути сильніше захищена, обидві сторони належить зобов'язати у більшій мірі враховувати інтереси кожної з них» (Х. Кьотц) [73, с. 271].

Однією з інших тенденцій переосмислення принципу свободи договору в європейській правовій доктрині є те, що відбувається переорієнтація на нормативний критерій суспільної корисності (ефективності), який, як відомо, з середини ХХ ст. став квінтесенцією правового аналізу та метою судових підходів у США. Італійський вчений А. Монті зазначає, що: «правопорядок все більш наполегливо потребує від приватних осіб, що беруть участь в обороті та використовують для цього договірні засоби, враховувати загальний результат економічної операції, тобто продукт спільних інтересів сторін договору... навіть всупереч можливому... індивідуальному зиску» [39, с. 134]. Іншими словами, йдеться про обов'язок сторін щодо співробітництва, про обов'язок взаємного дбання про інтереси кожної із сторін.

Еволюція свободи договору в Україні. Дореволюційний період. Щодо еволюції ідеї свободи договору та її обмежень на території України, то аналіз варто розпочати з дореволюційного періоду.

У вітчизняній цивілістиці перші дослідження принципу свободи договору з'явилися у ХІХ столітті. Питаннями, пов'язаними з проблемою дослідження договірної свободи у той період займалися такі вчені-цивілісти як К.П. Побєдоносцев, І.О. Покровський, Г.Ф. Шершеневич та інші. Договірна свобода пов'язувалась перш за все з умовами дійсності угод, а саме з питаннями вільного вираження волі сторін, відсутністю насилля, примусу. Наприклад, Г.Ф. Шершеневич, досліджуючи проблему принципів цивільного права, виділяв наступні: принцип суворої віндикації, непередаваність зобов'язань, рівність

прав іноземців, принцип звільнення власника від усіляких обмежень [219, с. 26].

У тогочасній цивілістиці поширилася думка про неможливість існування у цивільному праві необмеженої свободи договору. Російський цивіліст І.О. Покровський стверджував, що разом із розвитком особистості розширюється й позитивний зміст принципу договірної свободи. Водночас він зауважував, що така свобода не може бути безмежною. Право не може санкціонувати договори про вбивство, про підняття бунту проти влади і т.д. Це б означало знищення самого правопорядку. На думку вченого, певні обмеження принципу договірної свободи невідворотні. Питання полягає лише в тому, як далеко вони можуть сягати, і в яких рамках вони можуть бути виражені [142, с. 164].

Г.Ф. Шершеневич розглядав окремі проблемні аспекти обмежень договірної свободи, які були спрямовані на забезпечення захисту слабшої сторони договору [218, с. 202]. І.О. Покровський досліджував обмеження договірної свободи з боку позазаконних критеріїв (суспільний порядок та добрі манери), а також обмеження спрямовані на забезпечення інтересів економічно слабших учасників цивільних відносин [142, с. 72]. І.О. Покровський та Г.Ф. Шершеневич в процесі дослідження принципу договірної свободи приділяли також увагу обов'язку підприємств-монополістів укладати договори з фізичними особами на їх вимогу. На їх думку, в цьому полягало одне з обмежень принципу свободи договору. К.П. Побєдоносцев приділяв значну увагу дослідженню обмежень договірної свободи, якими встановлювалися максимальні розміри відсотків у договорах позики (кредиту) [138, с. 622]. Крім того, І.О. Покровський розглядав принцип договірної свободи з негативної та позитивної сторони. З негативного боку вище зазначений принцип означає неприпустимість, за загальним правилом, спонукання кого-небудь до вступу в договір проти його волі. З позитивного боку, свобода договору передбачає можливість приватних осіб укладати договори будь-якого змісту [142, с. 75].

Радянський період. Еволюцію договірної свободи та її обмежень в радянський період можна розділити на декілька етапів. З перших років

радянської влади капіталізм змінюється соціалістичними відносинами. Виробництво та реалізація товарів на ринках підпорядковуються державній монополії. Цивільно-правовому договору залишається незначний сегмент соціального регулювання. Це сфера побутових потреб і здебільшого сільськогосподарський ринок. У період «воєнного комунізму» звуження предмету регулювання договірних прав відчувається найсуттєвіше. Укладені договори повинні були містити умови, що визначалися державою. Врожай, який селянство збирало із своїх полів, здавали на умовах передбачених державою, а ринок цін був заздалегідь встановлений твердо визначеними рамками. У свою чергу населення отримувало продукцію не шляхом торгів, а через суспільну систему розподілу засобів для проживання. Реалізація виробленої продукції проводилася згідно із планами, затвердженими вищими органами влади. Всі умови встановлені щодо купівлі-продажу товарів призводили до нівелювання договірних регулювань, саме визначення договору суперечило його суті. Держава у радянський період в принципі не могла бути стороною договору у приватно - правовому розумінні юридичної рівності сторін.

Договір займає другу позицію, звільняючи своє місце адміністративному акту. Свобода договору не розглядалася як позитивне явище, а виражалася у негативному прояві на економіку та суспільство. Вважалося, що держава краще знає, що повинно було бути зазначено у договорі.

Порівнюючи з іншими періодами радянської доби, слід відмітити, що лише в період НЕПу договірні свободи набули свого максимально широкого застосування. Але договірні свободи існували більше між фізичними особами, а товарний оборот між підприємствами все ж таки залежав від волі держави. На той час існувала система відомчих приписів (нарядів). Трести були зобов'язані укладати договори з державними органами, частина продукції продавалась по цінам собівартості з нарахуванням середнього прибутку. Істотні умови договору визначалися Постановою Комітету державних замовлень [86, с. 36].

З 30-х років XX століття договірна свобода знову суттєво обмежується. Це перш за все пов'язане із завершенням періоду НЕПу. Межі договірної свободи суворо контролювалися державою. Держава взяла під контроль договірні відносини підприємств, визначала процедуру укладення договору та умови договору. Договори укладалися для виконання планів і планових задач і потребували неухильного дотримання умов учасниками договірних відносин. Всі помилки, вчинені при укладенні договору, могли бути виправлені тільки в адміністративному порядку [194, с. 41].

Таким чином, з цього часу набуває свого поширення соціалістичний плановий договір. Якщо спочатку план практично витісняв договір із господарських відносин, то пізніше саме планові договори стали основним засобом зв'язку господарюючих суб'єктів.

Н. Г. Александров вважає, що зобов'язання поставки виникають безпосередньо із планово-адміністративного акту, із складного юридичного складу. Договір використовується для уточнення прав та зобов'язань, в загальних рисах передбачених планом [2, с. 75].

Одним із перших, хто розпочав дослідження договірної свободи був Б.В. Покровський, який ще в середині XX ст. зазначав, що обсяг свободи договору є мінливим і прагне до подальшого зростання, що свобода договору – поняття більш ширше, ніж можливість вибору укласти договір чи ні, з ким і на яких умовах [141, с. 114-115].

М.І. Брагінський трактував свободу договору як сукупність трьох її проявів: по-перше, це визнання громадян і юридичних осіб вільними до укладення договору. Тобто сторони незалежно одна від одної та від держави мають право вирішувати питання про вступ між собою у договірні відносини; по-друге, надання сторонам можливості укласти будь-який договір, як передбачений, так і не передбачений законом та іншими правовими актами. Тобто сторони можуть самостійно створювати будь-які моделі договорів, які не суперечать діючому законодавству; по-третє, у свободі сторін визначати умови укладеного між ними договору. Єдина вимога до сторін у цьому випадку

полягає в тому, щоб обрана умова не суперечила діючому законодавству [26, с. 153].

У радянський період, щоправда, практично не було наукових праць, які були би присвячені обмеженню договірної свободи. Серед наукових праць, які все ж варто згадати, є праця В.П. Грибанова «Здійснення та захист цивільних прав» [48], яка мала фундаментальне значення для дослідження категорії свободи в цілому та обмеження свободи договору зокрема. Також принципу свободи договору присвячена праця І.О. Покровського «Основні проблеми цивільного права» (1917 р.), у якій автор виділив главу «Зобов'язання із договорів. Проблема договірної свободи». Принцип договірної свободи він назвав «верховним початком» цивільного права, «одним із наріжних каменів сучасного цивільного ладу» [142, с. 249-250].

На початку 60-х років було прийнято ряд нормативно-правових актів, а саме: Основи цивільного законодавства ССРСР [133], Цивільний кодекс УРСР прийнятий 18 липня 1963 р [214]. і набув чинності 1 січня 1964 р. Також варто згадати про Положення про поставки від 9 серпня 1959 року [130], де вказувалося на те, що, не дивлячись на плановий характер договору, сторони мали право самі визначати умови договору, в тому числі й істотні. Також контрагентам по договору надавалась можливість самим визначати строки поставки, порядок приймання-передачі товару при поставці продукції, передбачати гарантійні терміни.

В цей час В.Г. Вердников та А.Ю. Кабалкін відмічали, що «договір в радянському цивільному праві є вільним волевиявленням сторін, вираженням їх вільної волі, що відповідає самому існуванню товарно-грошових відносин при соціалізмі» [34, с. 46]. Хоча фактично, слід відмітити, договірна свобода в праві продовжувала існувати у досить вузьких рамках. Варто навести думку І.Н. Горбунова з приводу необхідності надання контрагентам свободи в укладенні договору. Вчений вважав, що розширення такої свободи призведе до зовнішньої зміни договору: «із бланка на одну дві сторінки друкованого тексту, яким він є зараз, він перетвориться в об'ємний документ - справжню угоду

сторін, насичену індивідуальними зобов'язаннями, в тому числі і такими, які притаманні лише даній поставці; він буде плодом спільної роботи постачальника і покупця, виконаної, звичайно, в рамках закону [42, с. 77].

Але договір надалі залишився в певній мірі залежний від плану. Вважалося, що він лише конкретизує планові завдання, обов'язкові для виконання обома сторонами. Ці завдання містили практично усі умови майбутніх договорів.

Виникає поняття «плановий договір». Межі договірної свободи проявляються саме у співвідношенні плану та договору. Договір підпорядковувався не лише волі сторін, а й державі. А. Г. Биков зазначав, що договір є планом, оскільки він опосередковує планові товарно-грошові відносини. Цивільно-правовий договір є плановий, незалежно від того, в яких конкретно-правових формах здійснюється планове господарське регулювання товарно-грошових відносин» [28, с. 20]. Ю. А. Калмиков висловлював думку про те, що плановими в загальноекономічному значенні можна назвати всі договори соціалістичної організації між собою. В юридичному значенні плановими вважаються тільки ті договори, які засновуються на обов'язковому для сторін приписі планового акту [79, с. 130].

Р.О. Халфина розуміла під зобов'язанням поставки засновані на адміністративному акті конкретні права та обов'язки, які виникають із договору, укладеного на основі планового акту [207, с. 159].

Як бачимо, плановий акт займає пріоритетне значення в тогочасному договірному праві. Договірна свобода існує у дуже обмежених рамках. Основу їх обмежень становив план.

У 80-ті роки інтерес до договору зріс, що було пов'язано з істотним підвищенням його ролі в економічних відносинах. Договір стали називати «найважливішим інструментом розвитку економіки» [5, с. 9]. У суб'єктів з'явилася свобода розпорядження наднормативними запасами продукції та невикористаними матеріальними цінностями (надлишками). У цей час з'являються серйозні дослідження різноманіття взаємовідносин сторін у

договірних відносинах. У юридичній літературі розглядається категорія договору про спільну діяльність, тобто визнається можливість виникнення юридичної особи в договірно-правовому порядку. Говориться про розширення самостійності суб'єктів господарської діяльності і про обмеження свободи. Крім того, відзначається підвищення ролі диспозитивних норм [206, с. 57].

Період незалежності. Після здобуття Україною незалежності протягом певного часу продовжували діяти акти радянського цивільного законодавства. Але незважаючи на це, свобода договору суттєво розширилася. Сторони отримали змогу укласти різного роду договори для забезпечення своїх споживчих чи господарських потреб.

16 січня 2003 року було прийнято нові Цивільний кодекс України [213] та Господарський кодекс України [46]. Прийняття цих двох документів ознаменувало абсолютно новий підхід до розуміння свободи договору шляхом якнайширшого застосування диспозитивного методу регулювання договірних відносин, закріплення основних принципів, через які розкривається договірна свобода. Щоправда, визначення свободи договору у цих документах відсутнє.

У ЦК України ст. 627 присвячена саме договірній свободі, відповідно до якої сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог ЦК України, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості [213]. В зазначеному кодексі не передбачено окремої статті, у якій було б сформульовано та зрозуміло подано визначення терміну «договірної свободи». Але слід зазначити, що воно відсутнє в цивільних кодексах більшості держав, оскільки це поняття достатньо широке.

Сутність свободи договору у викладенні ст. 627 ЦК України полягає у наступному.

По-перше, у визнанні сторін вільними в укладенні договору та виборі контрагента. При цьому примушення до укладення договору не допускається за винятком випадків, коли обов'язкове укладення договору передбачено законом або добровільно прийнятим зобов'язанням. Сторони самостійно і незалежно

одна від одної і від держави можуть вирішувати питання про встановлення договірних відносин.

По-друге, в наданні сторонам можливості укласти будь-який договір, не передбачений актами цивільного законодавства, за умови, що він відповідає загальним засадам цивільного законодавства. Таким чином, у разі необхідності сторони можуть самостійно створювати будь-які моделі договорів, які не суперечать чинному законодавству. Даний прояв принципу договірної свободи полягає в праві його сторін самостійно визначати тип і вид своїх договірних зв'язків з урахуванням тих правил, які встановлені в законодавстві стосовно окремих видів договорів. Як зазначає Н.Г. Лукова, найбільш практично значимою складовою частиною даного прояву принципу свободи договору є право суб'єктів укласти так званий “змішаний” договір (тобто договір, що одночасно містить ознаки двох чи декількох передбачених цивільним законодавством окремих видів договору), а також їх право укласти так званий «непойменований» договір (тобто договір, типова модель якого взагалі не передбачена цивільним законодавством, за умови, що він не суперечить цьому законодавству) [99, с. 543].

По-третє, у свободі сторін визначати умови договору, в тому числі й такого, що побудований за вказаною у законодавстві моделлю. Єдина вимога до сторін полягає в тому, щоб обрані таким чином умови не суперечили нормативним актам.

Рівень обмеження свободи договору яскраво прослідковується в Рішеннях Конституційного Суду України. Не можна обійти увагою Рішення КСУ від 10 листопада 2011 р. (справа про захист прав споживачів кредитних послуг), в якому, беручи до уваги численні положення актів міжнародного права, суд дійшов, зокрема, наступних висновків:

- незважаючи на те, що *свобода договору* є одним із фундаментальних принципів приватноправових відносин, разом з тим зазначена свобода є обмеженою - межі дії цього принципу визначаються критеріями справедливості, добросовісності, пропорційності, розумності;

- держава забезпечує особливий захист більш слабого суб'єкта економічних відносин, а також фактичну, а не формальну рівність сторін у цивільно-правових відносинах, шляхом визначення особливостей договірних правовідносин у сфері споживчого кредитування та обмеження дії принципу свободи договору. Це здійснюється через встановлення особливого порядку укладення цивільних договорів споживчого кредиту, їх оспорування, контролю за змістом та розподілу відповідальності між сторонами договору. Тим самим держава одночасно убезпечує добросовісного продавця товарів (робіт, послуг) від можливих зловживань з боку споживачів [180].

Важливе значення має також рішення КСУ № 7-рп/2013 від 11 липня 2013 року щодо офіційного тлумачення положень другого речення преамбули Закону України "Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань".

КСУ висловив позицію, що межі дії принципу свободи договору визначаються законодавством з урахуванням критеріїв справедливості, добросовісності, пропорційності і розумності. При цьому держава має підтримувати на засадах пропорційності розумний баланс між публічним інтересом ефективного перерозподілу грошових накопичень, комерційними інтересами банків щодо отримання справедливого прибутку від кредитування і правами та охоронюваними законом інтересами споживачів їх кредитних послуг (абзац третій підпункту 3.2 пункту 3 мотивувальної частини у справі про захист прав споживачів кредитних послуг).

КСУ також зазначив, що з огляду на приписи ч. 4 ст. 42 Конституції України участь у договорі споживача як слабкої сторони, яка підлягає особливому правовому захисту у відповідних правовідносинах, звужує дію принципу рівності учасників цивільно-правових відносин та свободи договору, зокрема у договорах про надання споживчого кредиту щодо сплати споживачем пені за прострочення у поверненні кредиту [179].

Стосовно характеру свободи договору та його ролі в договірних правовідносинах чимало висловлено і в юридичній літературі сучасної України.

О.А. Беляневич розуміє під договірною свободою надану сторонам можливість відступити в договорі від положень актів цивільного законодавства і врегулювати відносини на власний розсуд [14, с. 66].

С.О. Погрібний вважав, що поняття свободи договору, як загальної засади цивільного законодавства України, могло би бути сформульоване таким чином: свобода договору – це властива суб'єктам цивільних відносин і визнана цивільним законодавством України їх здатність самостійно формувати і виражати свою волю щодо створення правил своєї поведінки [139, с. 304]. Кожне із запропонованих визначень відображає основну суть, але одночасно не є в повній мірі вдалим. Адже свобода договору може обмежуватись не лише актами законодавства, але й правовими нормами, що містяться в інших джерелах права (наприклад, правовий звичай, рішення КСУ тощо).

На думку М.Ю. Щетинкіної, свобода договору – це можливість, представлена державою приватним особам, власною волею та особистою зацікавленістю набувати для себе, створювати зобов'язання та виконувати їх. Вважаємо дане розуміння не зовсім вдалим, оскільки автор на перший план ставить державу і тлумачить свободу договору як одну із свобод даровану державою [221, с. 44]. Але в сучасному світі особливність приватного права саме в тому, що роль держави в приватних правовідносинах зведена до мінімуму. Тому не можемо погодитися з таким визначенням.

А.М. Статівка під принципом договірної свободи розумів можливість укладення договору будь-якого змісту з метою реалізації суб'єктами своїх індивідуальних інтересів [190, с. 140]. Таке визначення справді стисло відображало б всю специфіку свободи договору в часи бурхливого капіталізму, коли первинним було отримання якнайбільшої вигоди без врахування інтересів суспільства та захисту прав окремого індивіда. Але таке розуміння свободи договору, на нашу думку, є неприйнятним сьогодні, коли на зміну концепції всеохоплюючої свободи договору приходить принцип свободи договору, але з врахуванням певних обмежень продиктованих необхідністю захисту інтересів індивіда та суспільства в цілому.

Ж. В. Завальна під свободою договору розуміє міру обмежень, яка встановлюється нормами права [71, с. 208]. Недолік даного розуміння полягає в тому, що автор пов'язує можливість обмеження свободи договору виключно лише з нормами права. Але як буде доведено в наступних підрозділах даного дисертаційного дослідження це не зовсім вірно.

Російський учений Ю.Л. Єршов звертає увагу на те, що свобода договору визначається як міра можливої поведінки уповноваженої особи [62, с. 132]. Вважаємо, що дане визначення занадто широке і майже співпадає з теоретичним розумінням суб'єктивного права загалом.

В.С. Мілаш під свободою договору розуміє право сторін за їх бажанням вирішувати питання про укладення договору і шляхом вільної домовленості визначати його зміст [114, с. 36].

В.О. Горєв запропонував таке визначення: свобода договору - це загальна засада цивільного законодавства, основними структурними елементами якої є свобода укладення договору та свобода вирішення юридичної долі укладеного договору [44, с. 92]. Погоджуємося, що свобода договору є одним із основних принципів цивільного права, але в даній дефініції так і залишилося нерозкритим, що розуміється під свободою в договірних відносинах.

Як бачимо є чимало дефініцій свободи договору, які обумовлені застосуванням різних підходів до розуміння самого поняття. Видається, що досить складно дати єдине визначення свободи договору, оскільки проблема свободи договору відноситься до одного з найбільш теоретичних питань приватного права в цілому. На нашу думку, поняття договірної свободи варто розглядати у широкому та вузькому розумінні.

З одного боку свобода договору може розглядатися як основоположна засада, принцип цивільного права. З іншого, як одна із суб'єктивних можливостей суб'єкта цивільних правовідносин.

У широкому значенні, договірна свобода – це принцип цивільного права, зміст якого полягає в забезпеченні та гарантуванні суб'єкту цивільних правовідносин вільного волевиявлення при реалізації її договороздатності.

Свобода договору є невіддільною від поняття свободи загалом. Можливість користування свободою договору суб'єкти правовідносин застосовують як в процесі укладення договору і його виконання, так і на етапі переддоговірних правовідносин. І хоча переддоговірні відносини на законодавчому рівні не виокремлено в самостійний вид відносин, їх визнання на рівні законодавства впливає із системного тлумачення норм ЦК України та ГК України (пошук контрагента, ведення переговорів, тощо). Візьмемо до прикладу споживчий договір. Як зазначає І.І.Банасевич, до ознак споживчого договору відносяться в тому числі покладення на підприємця ряду переддоговірних обов'язків (надання повної та достовірної інформації про товари, роботи, послуги і т.д.) [9, с. 249].

Тому у вузькому значенні договірна свобода – це надана сторонам можливість вступати у переддоговірні відносини, укладати договір, обирати контрагента за договором, визначати вид, форму та зміст договору, змінювати та розривати договір, при цьому дотримуючись норм цивільного права та моральних засад суспільства.

1.2. Поняття обмежень договірної свободи та його види

З проблемою договірної свободи нерозривно пов'язана проблема її обмежень. Свобода договору не може бути абсолютною, адже така свобода для всіх учасників цивільних правовідносин у взаємовідносинах з іншими особами може призвести до негативних наслідків. У ч. 2 ст. 29 Загальної декларації прав людини 1948 р. закріплено, що держава може встановлювати тільки такі обмеження прав, які визначені законом, і лише стільки, скільки це є сумісним з їх природою, виключно з метою сприяння загальному добробуту у демократичному суспільстві [72].

В українському законодавстві кількість норм, обмежуючих договірну свободу із плином часу зростає. Визначення меж договірної свободи та введення у законодавство обмежень для тих, хто бере участь у договірних

відносинах, стає нормою часу. Тому цивільне законодавство окреслює межі договірної свободи, які встановлюються в інтересах держави, яка в концентрованому вигляді виражає інтереси всього суспільства, економічно слабшої сторони договору або кредитора.

Як зазначає В.В. Луць, свобода договору має свої межі, визначені законом [111, с. 38]. Свобода договору не може бути безмежною. Право не може санкціонувати договори проти правопорядку. Як зазначає І.А.Покровський, певні обмеження договірної свободи неминучі, і питання лише в тому, як далеко вони можуть зайти, і в яких категоріях вони можуть бути висловлені. Це відкриває нову й вельми складну проблему, не виключено, що одну з найскладніших проблем усього цивільного права [142, с. 104]. Тому не дивно, що до дослідження питання обмеження договірної свободи у цивілістиці зверталось чимало вчених сучасності.

На думку англійського юриста Х. Шейнмена, свобода договору – визначальний фактор договірного права – витісняється сьогодні стандартами справедливості і вимогами публічного порядку. Особливо це характерно для таких галузей законодавства, як захист прав споживачів, трудове, страхове, конкурентне право, в яких багато імперативних норм [227, с. 215].

Свобода договору не є безмежною, вона існує в рамках чинних нормативних актів, звичаїв ділового обороту, а дії сторін договору мають ґрунтуватися на засадах розумності, добросовісності, справедливості [100, с. 56].

Як зазначає С.А. Хохлов «Свобода не може бути абсолютною, відкриваючи шлях для диктату монополістів та зловживання правом будь-ким» [210, с. 426]. Тому така договірна свобода не може існувати без чітко визначених законодавством меж, інакше вона призведе до свавілля та хаосу в суспільстві.

Поняття правових обмежень. Обмеження договірної свободи є одним із правових обмежень, оскільки будь-які обмеження свободи договору (незалежно від факторів, якими вони обумовлені, та про які йтиметься далі в цьому

підрозділі) є закріплені в нормах права. Тому виявлення характерних ознак обмежень договірної свободи варто розпочати з аналізу правових обмежень в цілому.

У тлумачному словнику обмеження визначається як правило, настанова, що обмежує чий-небудь права, яка сформульована таким чином: «установлювати певні межі чого-небудь»; «зв'язувати щось обмежувальними умовами»; «не допускати поширення чого-небудь...» [32, с. 818]. У наукових юридичних джерелах поняття «обмеження» вживається в різних значеннях. Перш за все його використовують стосовно права в цілому, кажучи про право як про обмежену свободу [195, с. 53]. Так, російський дослідник Б.В. Покровський трактує обмеження права (свободи) як таке, що здійснюється відповідно до передбачених законом підстав і в установленому порядку звуження його обсягу [141, с. 27]. М. О. Нагорна вказує, що обмеження права (свободи) є «зміна змісту або обсягу дії норми права» [146, с. 26].

У загальнотеоретичному розумінні категорії «правове обмеження» необхідно звертати увагу на ряд аспектів. По-перше, правове обмеження виступає в якості зовнішнього фактору, який впливає на інтереси суб'єктів права. Основу правового обмеження складає саме тісний взаємозв'язок між зовнішніми правовими умовами та внутрішньою природою особистості.

По-друге, правове обмеження є інформаційно цілеспрямованим, таким, що має на меті свідому зміну поведінки суб'єкта в юридичній сфері. Важливо зауважити, що саме задля упорядкування суспільних відносин, забезпечення повноцінного їх функціонування і встановлюються правові обмеження, які виступають сильними стримуючими факторами.

По-третє, на інформаційно-психологічному рівні правовими обмеженнями виступають виключно негативні засоби (заборони, обов'язки, заходи покарання і т.п.), які не включають позитивних засобів. Проте, правові обмеження, виконуючи негативну мотивацію по відношенню до власних інтересів суб'єкта, виступають необхідними засобами впливу на інтереси суспільства в цілому, та на інтереси інших суб'єктів, оскільки вони спрямовані на забезпечення

соціально корисних цілей. Отже, необхідно зауважити на їх значенні і для виховного та соціального впливу, який вони здійснюють.

По-четверте, саме конкретні (первинні) правові засоби, такі як покарання, заборони, обов'язки, призупинення, а не юридичні норми, інститути, галузі, в яких закріплюються дані правові засоби і які завдяки первинним правовим засобам набувають правообмежуючого значення, необхідно вважати правовими обмеженнями в інформаційно-психологічному сенсі.

У теорії правового статусу особи правові обмеження розглядаються як встановлені законом виключення з правового статусу фізичної особи, які носять превентивний характер, убезпечують від можливих несприятливих наслідків як суб'єктів, по відношенню до яких діють ці самі обмеження, так і інших осіб.

На думку А.М.Денисової, правове обмеження - це закріплене у праві утримання суб'єкта правовідносин від протиправного діяння, метою якого є задоволення інтересів суб'єкта та суспільних інтересів в охороні та захисту в цілому. Правові обмеження виступають встановленими в праві межами, в яких повинні діяти суб'єкти, не порушуючи законні права інших суб'єктів, тобто вони унеможливають певні діяння окремих осіб з метою задоволення інтересів суспільства [54, с. 53].

Як бачимо, підходи до розуміння правових обмежень дещо різняться. Формулювання дефініції обмежень договірної свободи найкраще здійснити через формулювання їх ознак.

Основними ознаками правових обмежень як теоретичної категорії є те, що:

- вони пов'язані з негативними умовами здійснення власних інтересів суб'єкта через спрямування їх на утримання та одночасно на задоволення інтересів протилежної сторони та суспільних інтересів в їх охороні та захисті;
- повідомляють про зменшення обсягу можливостей, свободи, а отже, і прав особистості, які досягаються за допомогою обов'язків, заборон, покарань і т.п.;
- являють собою негативну правову мотивацію;

- їх основним призначенням є зменшення негативної активності суб'єкта в сфері права;

- націлені на захист суспільних інтересів, оскільки виконують функцію охорони суспільних відносин в цілому [40, с. 202].

На думку О.І.Басалика, ознаками правових обмежень є наступні: являють собою зовнішній прояв впливу певного суб'єкта на поведінку конкретного громадянина; це перешкоджаючий фактор, тобто такий, що встановлює перешкоди реалізації суб'єктивних прав громадян, що зменшує обсяг їх прав та можливостей; полягають у застосуванні заходів негативного для конкретного індивіда характеру; полягають у застосуванні незалежно від бажання та волевиявлення особи примусових заходів, підкріплених силою держави; існування обмежень зумовлене необхідністю захисту визначених законом цінностей та забезпечення необхідного балансу між інтересами особистості, суспільства і держави; суб'єктом, який застосовує обмеження особистої свободи, можуть бути суди (судді) і посадові особи уповноважених на те органів держави [12, с. 42].

Безумовно обмеження свободи договору є спрямованими на охорону суспільних інтересів та пов'язані із зменшенням обсягу свободи, прав. Але не завжди обмеження договірної свободи зумовлені необхідністю зменшення негативної активності суб'єкта в сфері права. Вище запропоновані Ф.Гегелем ознаки стосуються прав осіб в абсолютних правовідносинах (коли праву однієї особи протиставляється обов'язок всіх інших не порушувати його прав). Але договірні відносини є відносними правовідносинами. Тут праву однієї особи кореспондує обов'язок іншої не порушувати її прав. Часто обмеження, встановлені в договорі, спрямовані не на недопущення потенційно можливих негативних дій однієї сторони договору, а на сприяння в реалізації своїх прав іншою стороною договору.

Перед укладенням договору про надання споживчого кредиту кредитор зобов'язаний повідомити споживача у письмовій формі про: 1) особу та місцезнаходження кредитодавця; 2) кредитні умови, зокрема: а) мету,

для якої споживчий кредит може бути витрачений; б) форми його забезпечення; в) наявні форми кредитування з коротким описом відмінностей між ними, в тому числі між зобов'язаннями споживача. В даному випадку кредитодавець обмежений складати договір споживчого кредиту на свій розсуд. Він за будь-яких обставин повинен зазначити вище зазначену інформацію в договорі. Такі обмеження спрямовані не для ускладнення діяльності банківських установ, а на розширення можливостей, кращої поінформованості споживачів (контрагентів банків по договору споживчого кредиту).

Мета обмеження свободи договору може спрямовуватися також на задоволення інтересів суспільства в цілому. Яскравим прикладом є зміст Закону України «Про публічні закупівлі». Відповідно до ч. 1 ст. 10 Закону замовник самостійно та безоплатно через авторизовані електронні майданчики зобов'язаний оприлюднювати на веб-порталі ... інформацію про закупівлю, а саме: оголошення про проведення процедури закупівлі та тендерну документацію - не пізніше ніж за 15 днів до дня розкриття тендерних пропозицій; ... зміни до тендерної документації та роз'яснення до неї (у разі наявності) - протягом одного дня з дня прийняття рішення про їх внесення або надання роз'яснень; оголошення з відомостями про укладену рамкову угоду (у разі здійснення закупівлі за рамковими угодами) - не пізніше ніж через сім днів з дня укладення рамкової угоди; звіт про виконання договору - протягом трьох днів з дня закінчення строку дії договору, виконання договору або його розірвання; звіт про укладені договори - протягом одного дня з дня укладення договору.

Вимога про оприлюднення вищезазначеної інформації обмежує державні установи у прагненні залишити нерозкритою інформацію про укладені договори купівлі-продажу. Такі обмеження спрямовані на задоволення інтересів не іншої сторони договору, а перш за все українського суспільства в цілому. Громадськість повинна знати: яким чином використовуються бюджетні кошти сформовані за рахунок податкових платежів громадян держави.

Обмеження свободи договору можуть встановлюватися в нормах права як і будь-які інші правові обмеження. Разом з тим частим є також зазначення певних обмежень в змісті договору, що, до прикладу, є неприйнятним для адміністративно-правових обмежень, які встановлюються або в нормах права або в певному адміністративному акті.

Обмеження свободи договору можуть встановлюватися шляхом встановлення заборон. Наприклад, відповідно до ч. 4 ст. 11 Закону України «Про захист прав споживачів» забороняється у будь-який спосіб ускладнювати прочитання споживачем тексту детального розпису сукупної вартості споживчого кредиту, зазначеного у договорі про надання споживчого кредиту або у додатку до такого договору, у тому числі шляхом друкування його кеглем, меншим за кегль шрифту основного тексту, злиття кольору шрифту з кольором фону. Тож банки обмежені в свободі складенні договору на свій власний розсуд в тому числі такою правовою нормою заборонного характеру.

Таким чином, ознаками обмежень договірної свободи є:

- 1) спрямованість на утримання від здійснення певних дій однією стороною договору та одночасне задоволення інтересів протилежної сторони договору чи суспільних інтересів в цілому;
- 2) націленість на захист публічного порядку, суспільної моралі;
- 3) закріплення в нормах права або в положеннях договору;
- 4) зменшення обсягу свободи, прав;
- 5) реалізація за допомогою обов'язків, заборон тощо.

Виходячи зі сформульованих ознак договірної свободи, варто сформулювати авторське визначення обмеження договірної свободи.

Обмеження договірної свободи є певні виключення стосовно можливої поведінки суб'єкта в договірних відносинах, які ускладнюють здійснення прав та інтересів однієї сторони договору з метою охорони чи сприяння реалізації прав та інтересів іншої сторони договору, суспільних інтересів, а також прав інших осіб (кредитори, треті особи в договорах на користь третіх осіб).

Для розуміння свободи договору та її обмеження важливою є ст. 6 ЦК України. В науковій літературі відзначається диспозитивна спрямованість цієї статті [118, с.213]. Адже тут надається можливість сторонам укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає його загальним засадам; можливість врегулювати у договорі, який передбачений актами цивільного законодавства, відносини, які не врегульовані цими актами; можливість відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Пункт 2 ч. 3 ст. 6 ЦК України містить обмеження договірної свободи. Воно полягає в тому, що сторони в договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства випливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами. Стаття 627 ЦК України також містить обмеження, згідно з яким вільне вчинення сторонами дій щодо укладення договору, вибору контрагента й визначення умов договору має здійснюватися з урахуванням вимог ЦК України, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості.

Співвідношення обмежень та меж свободи договору. Обмеження договірної свободи невіддільно пов'язані з межами договірної свободи. Слід з'ясувати їх співвідношення. На думку А.П. Беляєвої, обмеженнями свободи договору є її межі [18, с. 45]. Але з цього визначення недостатньо зрозуміло, що автор має на увазі під поняттям "межа договірної свободи". Та й саме ототожнення обмежень свободи договору із межами свободи договору варто піддати сумніву.

Р.А. Тельгарін розуміє під обмеженнями свободи договору межі здійснення суб'єктивних прав у договірних правовідносинах [197, с.131]. На думку Є.О.Мічуріна, зміст категорій «межі здійснення цивільних прав» та «обмеження цивільних прав» полягає в наступному. Завдяки межам здійснення суб'єктивних цивільних прав, що є досить універсальними та стосуються всіх цивільних прав, особа може здійснювати своє право не як завгодно, а певною

мірою. Встановлюючи межі, законодавець виходить із загального призначення цивільних прав, важливих суспільних цінностей, наприклад, моральності, що відображено у ст. 13 ЦК України. Обмеження через правове регулювання ускладнюють здійснення окремих суб'єктивних прав [118, с. 214].

Ю.Л. Єршов визначає, що межі та обмеження договірної свободи є різними правовими категоріями, та доводить що їх потрібно досліджувати окремо один від одного. Під межами свободи договору науковець розуміє загальні вимоги до здійснення будь-якого суб'єктивного права, а саме: дотримання прав та законних інтересів третіх осіб у договорі, дотримання публічного порядку, неприпустимість зловживання правом. При порушенні контрагентами вищезазначених меж договір, зазвичай, визнається нікчемним. Обмеження носять приватний характер. Під обмеженнями свободи договору науковець визначає звуження правоздатності осіб, а також обмеження можливої реалізації окремих прав [62, с. 19].

Але всі вище зазначені автори не враховують того факту, що в більшості договірних відносинах праву однієї особи вимагати певної поведінки кореспондує обов'язок іншої особи виконати певні дії. Тому обмеження свободи договору - це не лише обмеження у свободі реалізації своїх прав, але також запобігання від уникнення виконання своїх обов'язків перед контрагентом, третіми особами, державою чи територіальною громадою. Тому визначення меж договірної свободи слід здійснювати не тільки крізь призму реалізації прав, але й виконання обов'язків згідно договору. Положеннями договору передбачаються не лише права, але й обов'язки сторін. До прикладу при встановленні мінімальних закупівельних цін на молоко держава встановлює обов'язок для заготівельних підприємств купляти молоко за ціною не нижчою ніж певну регламентовану підзаконними нормативно-правовими актами. Заготівельне підприємство не може уникнути цього обов'язку та знизити ціни нижче встановлених, користуючись свободою договору. Тобто умова договору не може визначатися інакше. Фактично, відповідне

законодавство зобов'язує сторони, у випадку волевиявлення на вчинення договору, виконувати цей договір з врахуванням певних обмежуючих приписів.

Інший приклад, здійснення обов'язкової грошової оцінки при купівлі-продажу нерухомості. При здійсненні операцій з нерухомістю сторони договору сплачують податки та збори пропорційно до вартості нерухомості. Незалежна грошова оцінка проводиться з метою встановлення ринкової вартості майна. Відповідно у сторін виникає обов'язок зазначення в договорі ціни не меншої ніж визначена висновком експерта, спеціаліста чи іншої оціночної організації. Таким чином, користуючись свободою договору, сторони не можуть занижити вартість майна з метою уникнення обов'язку щодо сплати податків до бюджету держави.

Іншим яскравим прикладом є договір споживчого кредиту. Перед укладенням договору про надання споживчого кредиту кредитодавець зобов'язаний повідомити споживача у письмовій формі про: 1) особу та місцезнаходження кредитодавця; 2) кредитні умови, зокрема: а) мету, для якої споживчий кредит може бути витрачений; б) форми його забезпечення; в) наявні форми кредитування з коротким описом відмінностей між ними, в тому числі між зобов'язаннями споживача; г) тип відсоткової ставки; г) суму, на яку кредит може бути виданий; д) орієнтовну сукупну вартість кредиту (в процентному значенні та грошовому виразі) з урахуванням відсоткової ставки за кредитом та вартості всіх послуг (реєстратора, нотаріуса, страховика, оцінювача тощо), пов'язаних з одержанням кредиту та укладенням договору про надання споживчого кредиту; е) строк, на який кредит може бути одержаний; є) варіанти повернення кредиту, включаючи кількість платежів, їх частоту та обсяги; ж) можливість дострокового повернення кредиту та його умови; з) необхідність здійснення оцінки майна та, якщо така оцінка є необхідною, ким вона здійснюється; и) податковий режим сплати відсотків та про державні субсидії, на які споживач має право, або відомості про те, від кого споживач може одержати докладнішу інформацію; і) переваги та недоліки

пропонованих схем кредитування (ст. 11 Закону України «Про захист прав споживачів»).

Як бачимо, Законом України «Про захист прав споживачів» для договірної конструкції споживчого договору встановлюється чималий обсяг обов'язків для банку як кредитора. Від цього мінімально встановленого обсягу обов'язків банк відмовитися не може. Він може розширити перелік інформації, що повинен повідомити позичальнику, але звузити – ні.

Тому межі договірної свободи це не тільки обмеження у здійсненні прав, але й обмеження в ухиленні від виконання обов'язків.

Таким чином, *межа договірної свободи* – це гранична можливість реалізації прав та інтересів, а також мінімально встановлена необхідність виконання обов'язків, яка передбачена законом чи договором та зумовлена потребою захисту моральних засад, суспільних інтересів та публічного порядку.

Види обмежень договірної свободи. Причин появи та наявності обмежень договірної свободи є чимало. Найпершою є бурхливий економічний розвиток. Формальна рівність сторін та однакова можливість відстоювати свої інтереси, закріплені в праві, не супроводжуються фактичною рівністю. Одні свідомо мають більш сильні позиції, ніж інші. У всіх системах права існує проблема економічно слабшої сторони, необхідність за допомогою права вирівнювання її позицій у взаєминах з більш сильною стороною, щоб відносини не складалися односторонньо на користь сильної сторони і з істотним порушенням прав та інтересів слабшої. Необхідність захисту слабшої сторони є причиною введення норм, що обмежують свободу розсуду сторін. Іншою причиною, що впливає з попередньої є необхідність протидії недобросовісній конкуренції та зловживанню монопольним становищем.

Антимонопольні норми закріплюються з метою забезпечення нормального ринкового обороту та свободи конкуренції. У сучасній економічній системі існують підприємства, які займають домінуюче становище на ринку. Такий стан характеризується тим, що такі суб'єкти господарювання можуть діяти на

ринку на власний розсуд, не узгоджуючи свою поведінку ні із своїми контрагентами, ні зі споживачами.

Обмеження договірної свободи обумовлені також необхідністю захисту інтересів кредиторів. Тому в законодавстві може бути передбачено обов'язок включити в договір певну умову або законодавчо заборонити включення будь-якої умови. Це обмеження пов'язане з тим, що поряд з переважною більшістю диспозитивних норм у цивільному законодавстві міститься значна кількість імперативних, обов'язкових для учасників цивільного обороту. При укладенні договору сторонам завжди варто пам'ятати про наявність законних обмежень у вигляді імперативних норм. Попри вище зазначені економічні фактори виникнення обмежень договірної свободи є й ряд інших.

Тому поширеною в юридичній літературі є класифікація обмежень договірної свободи в залежності від факторів, якими вони обумовлені. М.Й.Брагінський надає значної уваги соціальному походженню обмежень принципу свободи договору. На його думку, такі обмеження обумовлюються захистом інтересів слабшої сторони в договорі, інтересів третіх осіб (перш за все реальних та потенційних кредиторів), а також захистом чинного правопорядку та інших цінностей, що мають суспільну значущість [26, с. 104]. Отож у цивілістичній науці обмеження принципу свободи договору має двояке походження, а саме такі обмеження можуть мати або економічну, або соціальну обумовленість.

А.П. Беляєва, поряд із соціально обумовленими та економічно обумовленими виділяє політично обумовлені обмеження договірної свободи. Вона вважає, що, досягаючи тих чи інших політичних цілей, окремі держави чи навіть світова спільнота держав можуть застосовувати відомі обмеження щодо права підприємців вільно здійснювати зовнішню торгівлю, тим самим обмежуючи зміст принципу свободи договору. Яскравим прикладом обмеження принципу свободи договору, що частіше за все має політичну обумовленість, є встановлення міжнародного чи національного ембарго на торгівлю з окремими державами, митними союзами або економічними угрупованнями [18, с. 52].

Поряд з виділеними у юридичній літературі економічно обумовленими, соціально обумовленими та політично обумовленими можна виділити обмеження договірної свободи, які обумовлені технічними факторами. Тут в юридичній літературі наводиться приклад про те, що на сьогоднішній день договори, які підлягають укладенню в письмовій формі з обов'язковим нотаріальним посвідченням, не можуть укладатися в мережі Інтернет. Як відомо, нотаріальне посвідчення договору полягає у перевірці справжності правовстановлюючих документів на майно та документів, що посвідчують особу та її повноваження на укладення договору, викладенні тексту договору на бланку з певним ступенем захисту від підробки та засвідченні справжності підписів сторін на договорі [45, с. 61]. Та поки що технічні можливості нотаріусів в Україні не дозволяють їм вчиняти такі дії в мережі Інтернет.

Але видається, що всі вище згадані автори залишили поза увагою ще одну групу факторів, які сьогодні суттєво впливають на свободу договору. Маємо на увазі фактори, що обумовлені метою захисту: 1) природних ресурсів; 2) навколишнього природного середовища (в тому числі ландшафтів й інших природних комплексів); життя і здоров'я громадян від різноманітних екологічних загроз. Всіх їх можна об'єднати під назвою екологічно обумовлених факторів обмеження договірної свободи. Наприклад, у відповідності зі ст. 7 Закону України «Про природно-заповідний фонд України» від 16 червня 1992 р [170]. при укладенні договору на використання земельної ділянки або її частини в межах природно-заповідного фонду може бути встановлено обмеження в обсязі, передбаченому законом або договором.

Деякі обмеження договірної свободи встановлені екологічним законодавством стосовно купівлі-продажу, обміну, дарування тощо окремих об'єктів тваринного світу (ст. 7 Закону України «Про тваринний світ» від 13 грудня 2001р.) [173], договорів на ведення мисливського й рибного господарства, оренди мисливських та рибогосподарських угідь, на проведення науково-дослідних та інших робіт (ст. ст. 21–27 Закону України «Про тваринний світ», ст. ст. 14, 16, 21 Закону України «Про мисливське

господарство та полювання» [162] від 22 лютого 2000 р., ст. 30 Закону України «Про рибне господарство, промислове рибальство та охорону водних біоресурсів» від 8 липня 2011 року) [172].

Таким чином, залежно від факторів, що обумовлюють обмеження договірної свободи, варто виділити: 1) економічно обумовлені, 2) соціально обумовлені, 3) політично обумовлені; 4) технічно обумовлені, 5) екологічно обумовлені.

М.І. Брагінський ділить обмеження свободи договору на негативні та позитивні. Перші, зазначає він, передбачають виділення у законі випадків, коли заздалегідь визначено, між ким і які договори укладатися не можуть, а другі передбачають обов'язкове укладення договорів і (або) обов'язкове включення в них певних умов. В свою чергу, позитивні та негативні обмеження класифікуються за суб'єктним складом та об'єктним складом [26, с. 130]. Обмеження за суб'єктним складом можуть бути пов'язані із спеціальною правоздатністю; обов'язковим укладенням договору з конкретно визначеним контрагентом; визначення законодавством у виняткових випадках різного роду переваг, з відповідністю підстави договору його цілі. Обмеження за об'єктним складом припускають заборону на здійснення угод з об'єктами, вилученими із цивільного обороту; з об'єктами в передбаченому в законі порядку маючи приналежність тільки конкретно визначеному колу осіб, що одержали спеціальний дозвіл на вчинення угод з даними об'єктами [26, с. 132].

Є.І.Терніков поділяє обмеження свободи договору подібно до М.І. Брагінського в залежності від її окремих елементів на негативні та позитивні, але дає більш вужче розуміння таких обмежень. Зокрема, негативні обмеження договірної свободи встановлюють неможливість укладення договору між певними суб'єктами, а позитивні обмеження встановлюють обов'язкове укладення договорів та\або включення до них певних умов [198, с. 256].

Влучно зауважує О.А. Бесянєвич про те, що обмежувачі договірної свободи знаходяться у різних площинах, і їх варто поділити на два види:

- об'єктивні або зовнішні, тобто імперативні приписи, що містяться в актах законодавства і мають вигляд заборон або позитивних зобов'язувань;

- суб'єктивні, тобто зафіксовані в законодавстві як певні загальні ідеї, принципи, яких мають дотримуватися всі учасники відповідних правовідносин. Такими ідеями є «суспільний порядок», «державні інтереси», «публічні інтереси», «добрі звичаї», «принципи гуманності та моралі». Ці обмежувачі або безпосередньо існують у свідомості учасника договірних відносин, або інтерпретуються судом при здійсненні правосуддя, наповнюючись конкретним змістом з урахуванням обставин конкретного спору [14, с. 66].

В.В. Іванов розподіляє обмеження договірної свободи на зовнішні та внутрішні. Під зовнішніми обмеженнями він розуміє обмеження, що не залежать від волевиявлення сторін договору. За його визначенням зовнішні обмеження свободи договору зумовлені регулятивною сутністю права, яка детермінує виділення певних критеріїв, за допомогою яких можна відрізнити “правові” волевиявлення від “неправових”. Серед зовнішніх обмежень свободи договору В.В. Іванов виділяє законні (безпосередньо встановлені в законах та інших нормативно-правових актах) та позаконні (являють собою узагальнені ідеї, принципи, які з необхідністю повинні бути присутніми в договорах – “громадський порядок”, публічний інтерес”, “добрі звичаї” тощо).

До внутрішніх автор відносить самообмеження сторін, які спільно визначають зміст (загальні умови) договору: «При узгодженні умов договору можливі також односторонні чи взаємні уступки. Іншими словами, суб'єкти права вільні у висуванні індивідуальних умов, визначенні загальних умов, але при цьому свобода кожного з них обмежена аналогічною свободою інших суб'єктів” [76, с. 160]. Схожим є поділ запропонований М.Ю. Козловою, яка також пропонує поділяти обмеження договірної свободи на зовнішні та внутрішні. На думку згаданого автора, під внутрішніми (суб'єктивними) обмеженнями розуміються ті, які контрагент поклав на себе добровільно, наприклад, в силу попереднього договору. Як форми зовнішніх обмежень виступають норми Цивільного кодексу та інших законів, які передбачають

обов'язкове укладення договору, визначаючи конкретний вид договору чи включення в договір тих чи інших обов'язкових умов [86, с.30].

К.І. Забояєв притримується аналогічного підходу до поділу обмежень свободи договору на види, щоправда називаючи їх не зовнішніми та внутрішніми, а об'єктивними та суб'єктивними. Об'єктивні обмеження договірної свободи містяться у цивільному кодексі, інших законах та нормативно-правових актах, а суб'єктивні обмеження – ті, які визначаються стороною договору добровільно, в рамках здійснення на свій розсуд своїх цивільних прав. На думку автора, саме об'єктивні обмеження свободи договору являються обмеженнями в «чистому вигляді», тобто вони є незалежними від волі сторін. Суб'єктивні обмеження є похідними від конкретного бачення договірного правовідношення однією із сторін в рамках свободи договору. Вони представляють собою обмеження, добровільно прийняті на себе стороною (наприклад, обов'язкове укладення основного договору після укладення попереднього).

Крім того, серед обмежень свободи договору вчений виділяє “дозвільні” та “заборонні” обмеження. На його думку, “дозвільні” обмеження свободи договору встановлюють її зовнішні межі й забороняють все навколо спеціально окресленого ними сектора приватної свободи, тоді як “заборонні” обмеження фактично дозволяють усі інші дії в межах сектора свободи [70, с. 105, 140–141].

На думку В.С. Мілаш, обмеження свободи договору за їх суттю можна розділити на “вертикальні” та “горизонтальні” обмеження. Під “вертикальними” вона розуміє обмеження, що використовуються для забезпечення публічних інтересів, а під горизонтальними – обмеження, що призначені для забезпечення приватних інтересів сторін договору [116, с. 55].

А.П. Беляєва доводить, що обмеження принципу свободи договору можуть виражатися по-перше, в положеннях цивільного законодавства та законодавства інших галузей; по-друге, в поза правових інституціях. До останніх відносяться зокрема ті, які полягають у звичаях ділового обороту,

вимогах розумності та справедливості, а також становлять моральні засади суспільства [18, с.49].

М.Ю. Щетинкина розмежовує обмеження договірної свободи на нормативні та ненормативні. Нормативні обмеження договірної свободи передбачені законом і поширені в тій мірі, в якій це необхідно для захисту основ конституційного ладу, моралі, здоров'я, прав та законних інтересів інших осіб, забезпечення оборони безпеки держави. Ненормативні обмеження свободи договору – це обмеження, встановлені розсудом сторін, які можуть бути пов'язані із зміною волі та волевиявлення контрагентів в процесі формування змісту майбутнього договору із розсудом сторін на надану можливість нормами права діяти в межах встановлених законом чи домовлятися по іншому із впливом звичаїв ділового обороту. До таких обмежень вчена відносить, наприклад, встановлення у договорі умов, згідно яких зміна договору можлива лише при дотриманні визначеної процедури [221, с. 125].

Дуже схожою до згаданої класифікації є поділ запропонований Р.А.Тельгаріним, який залежно від джерела утворення, розмежовує обмеження договірної свободи на нормативні та договірні. Перші встановлюються нормами законодавства, які обмежують свободу укладення договору за допомогою обов'язкових приписів і заборон. Інші залежать від розсуду самого суб'єкта права, звичаїв ділового обороту, які застосовують до даного договору, а у виняткових випадках – принципів моралі [190, с. 40].

Зважаючи на широке різноманіття договірних конструкцій сьогодні, варто навести думку Є.О. Мічуріна. Останній поділяє обмеження свободи договору на універсальні, які за своєю природою стосуються договірного права взагалі, а також спеціальні обмеження, що властиві окремим договорам чи договірним видам, виявляються щодо них через їх природу та особливості [119, с. 302].

Частково схожою є запропонована класифікація за колом договорів, на які поширюється їх дія і відповідний поділ на загальні та спеціальні. На думку даного автора, загальні обмеження договірної свободи являють собою загальні межі здійснення цивільних прав та охоронюваних законом інтересів учасників

договірних правовідносин. У найбільш загальному вигляді вони визначені у ст. 627 ЦК України, в силу імперативного припису якої учасники цивільних відносин, здійснюючи свободу договору, мають дотримуватися вимог актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, а також вимог розумності та справедливості.

Спеціальні обмеження свободи договору встановлюються всередині сфери дозволеного, правові рамки якого окреслені загальними обмеженнями свободи договору. Вони являють собою спеціальні межі здійснення суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів учасників договірних правовідносин. Встановлюються такі межі за: типами (видами, підвидами) договорів; за суб'єктами, які укладають договір (наприклад, у випадку з публічним договором); за способом укладення договору (наприклад, у випадку з договором приєднання та основним договором, що укладається на підставі попереднього договору) тощо.

На відміну від загальних обмежень свободи договору, спеціальні обмеження встановлюються на рівні актів законодавства не тільки за допомогою правових заборон і позитивних зобов'язань, але й за допомогою конкретних правових дозволів [45, с. 43].

О.А. Потапова виділяє обмеження договірної свободи за суб'єктами; за об'єктом; та за змістом договору. Обмеження за суб'єктами вона пов'язує з чітко визначеними учасниками тих чи інших договірних відносин, наприклад, за договором роздрібної купівлі-продажу продавцем являється особа, яка здійснює підприємницьку діяльність. Правовий статус суб'єктів в даній ситуації являється одним із основних ознак подібних договорів. До цієї групи обмежень вчена відносить і випадки, коли суб'єкт повинен мати ліцензію на здійснення того чи іншого виду діяльності. В багатьох випадках обов'язковою стороною за договором повинен виступати громадянин, наприклад, за договором найму жилого приміщення. Також іноді встановлюються обмеження щодо окремих видів юридичних осіб [143, с. 126].

За об'єктом свобода договору обмежується в тому випадку, коли об'єктом не можуть бути речі, вилучені із цивільного обороту, або речі, які хоча і є в цивільному обігу, але обмежені в обороті.

С.Г. Страхова виділяє такі обмеження свободи договору у сфері підприємництва: 1) обмеження ініціативи на вступ у договір: зобов'язання укласти договір і заборона укладати окремі види договорів; 2) обмеження щодо формування умов договору; 3) обмеження вибору порядку та процедури укладення договору [191, с. 156]. На нашу думку, дана класифікація є надто звуженою і не враховує всіх обмежувальних факторів договірної свободи, які присутні в підприємницькій діяльності.

Н.Л. Бондаренко пропонує виділити такі види обмежень договірної свободи: загально-правові, галузеві, інституційні; публічно-правові та приватно - правові; нормативні та ненормативні; прямі та непрямі; вимушені і добровільні; за суб'єктами та за об'єктами; постійні та тимчасові [25, с. 78].

М.В. Кратенко доводить, що всі відомі обмеження можуть бути згруповані навколо тих елементів свободи договору, які піддалися обмеженню. Таким чином, науковець виділяє три групи обмежень:

- обмеження свободи укладати чи не укладати договір (включаючи обмеження свободи вибору контрагента);
- обмеження свободи вибору виду укладеного договору (включаючи обмеження укладати поіменовані чи змішані договори);
- обмеження свободи у визначенні умов договору на свій розсуд [94, с. 26].

Одна з найбільш розгорнутих класифікацій наведена в працях В.О. Горєва. Вчений запропонував наступні критерії класифікації обмежень свободи договору: за колом договорів, на які поширюється їх дія; за проявами свободи договору; залежно від того, поширюється обмеження на одну зі сторін договору чи на його обидві сторони; залежно від особливостей правового дозволу, який обмежується; за часом дії; за ступенем визначеності; за ступенем юридичної обов'язковості; залежно від факторів, що обумовлюють обмеження; залежно від виду акта законодавства, яким передбачено обмеження.

Вище згаданий автор пропонує за часом дії виділяти: а) постійні – встановлюються на невизначений строк; б) тимчасові – встановлюються на визначений строк. Їх встановлення, здебільшого, пов'язане з необхідністю забезпечення здоров'я населення, екологічної безпеки, обороноздатності та інших публічних інтересів.

За ступенем визначеності: а) абсолютно визначені – визначені таким чином, щоб виключити можливість неоднозначного розуміння та тлумачення таких обмежень усіма учасниками цивільних відносин; б) відносно визначені – визначені за допомогою категорій, які можуть розумітися та тлумачитися учасниками цивільних відносин по-різному (зокрема, йдеться про “каучукові категорії” – публічний порядок, моральні засади тощо).

За ступенем юридичної обов'язковості: а) диспозитивні – обмеження, що можуть змінюватися на розсуд сторін договору; б) імперативні – обмеження, що не можуть змінюватися на розсуд сторін договору.

Заслуговує на увагу запропонована класифікація обмежень договору залежно від особливостей правового дозволу, який обмежується: а) межі здійснення суб'єктивних прав; б) межі здійснення охоронюваних законом інтересів [45, с. 59].

Разом з тим, видається, деякі із запропонованих автором класифікацій є дещо неповними. Залежно від того, поширюється обмеження на одну зі сторін договору чи на його обидві сторони, згаданий автор виділяє:

а) односторонні – поширюються лише на одну зі сторін договору. Наприклад, припис ч. 4 ст. 633 ЦК України про обов'язковість укладення публічного договору стосується лише підприємця. Його дія не поширюється на споживача;

б) двосторонні – поширюються на обидві сторони договору. Так, дія припису ч. 1 ст. 1059 ЦК України про обов'язковість укладення договору банківського вкладу у письмовій формі поширюється і на банк, і на вкладника [45, с. 60].

Вважаємо такий поділ частково неповним, оскільки він не враховує приписів ст. 626 ЦК України про види договорів та того факту, що на сьогодні набувають особливої поширеності багатосторонні договори.

Відповідно до ч. 4 ст. 626 ЦК України до договорів, що укладаються більш як двома сторонами (багатосторонні договори), застосовуються загальні положення про договір, якщо це не суперечить багатосторонньому характеру цих договорів.

Договір кваліфікується як багатосторонній, якщо він: 1) укладається більше як двома сторонами (тобто кількість сторін не може бути меншою, ніж три); 2) має особливий, багатосторонній характер.

До багатосторонніх відносяться зокрема договір простого товариства, договір про спільну діяльність тощо. Важливе значення мають також корпоративні правочини, видовою ознакою яких є саме багатосторонність суб'єктного складу [30, с. 108]. При чому маємо на увазі не лише заміну "двосторонніх обмежень" на "багатосторонні обмеження". Адже можливими є випадки, коли в багатосторонніх договорах договірна свобода обмежена лише в однієї чи двох сторін такого договору. Тому видається, повнішою була б класифікація в залежності від дії обмежень на сторін договору на:

- 1) односторонні;
- 2) двосторонні;
- 3) багатосторонні.

Прикладом багатостороннього обмеження є положення ст. 1135 ЦК України. Відповідно до ч. 1 згаданої статті договором простого товариства може бути встановлено, що ведення справ здійснюється окремими учасниками або спільно всіма учасниками договору простого товариства.

Відповідно до п.2.ч. 1 ст. 1137 ЦК України умова, за якою учасник повністю звільняється від участі у відшкодуванні спільних витрат або збитків, є нікчемною. Таким чином, норма містить обмеження щодо можливого звільнення від участі у спільних витратах не щодо однієї чи двох сторін договору, а щодо всіх сторін не залежно від їх кількості.

За проявами свободи договору обмеження договірної свободи В.О. Горєв поділяє на: а) обмеження свободи переговорів при укладенні договору; б) обмеження вільного волевиявлення особи на укладення договору; в) обмеження свободи вибору контрагента за договором; г) обмеження свободи вибору виду договору; д) обмеження свободи вибору форми договору; е) обмеження свободи визначення умов договору; ж) обмеження свободи зміни або розірвання договору [45, с. 60].

Видається, що критерій "прояву свободи договору" є дещо розмитим та потребує вдосконалення. І проблема тут полягає не в тому, що перелік проявів свободи договору не може бути вичерпним. Важливим є інше. В даній класифікації автор змішав елементи динаміки договору (укладення договору, зміни, розірвання договору) та елементів, що характеризують зміст та форму договору. Тому остання класифікація видається не зовсім завершеною.

Залежно від виду акта законодавства, яким передбачено обмеження, В.О.Горєв поділяє обмеження договірної свободи, на ті, які:

- передбачені Конституцією України. Зокрема, у ст. 23 Конституції України встановлено у найбільш абстрагованому від конкретних деталей (галузевих нюансів) вигляді межі здійснення людиною її прав та законних інтересів;

- передбачені ЦК України (ст. 6, чч. 1 і 4 ст. 12, ст.ст. 13, 627, 633, 634, ч.1 ст. 639 тощо);

- передбачені іншими кодифікованими актами законодавства України (ст.132 Земельного кодексу, ст. 45 Водного кодексу, ст. 129 Кодексу торговельного мореплавства тощо);

- передбачені поточними законами. Так, зі змісту ч. 1 ст. 19 Закону України "Про іпотеку" від 05.06.2003 р. випливає, що домовленість про зміну і доповнення іпотечного договору підлягає обов'язковому нотаріальному посвідченню;

- передбачені підзаконними нормативно-правовими актами. Як ілюстрацію можна навести пп. 14 п. 28 Правил надання та отримання телекомунікаційних

послуг, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 09.08.2005 р. № 720. У ньому зазначається, що оператор, провайдер телекомунікацій зобов'язаний укладати з абонентами договори про надання телекомунікаційних послуг [45, с. 61].

Але автор не згадав про ГК України, який разом з ЦК України є базовими документами в сфері обмеження договірної свободи.

Разом з тим, видається, немає практичної необхідності відділяти ЦК України та ГК України від інших кодифікованих документів (Земельний кодекс України, Водний кодекс України тощо). Адже всі вони є кодексами, тобто нормативно-правовими документами одного рівня за своєю юридичною силою. Хоча факт домінуючої ролі ЦК України та ГК України, звичайно, є беззаперечним.

Важливо також зауважити, що автор не врахував обмеження договірної свободи, які встановлюються локальними нормативно-правовими актами. Мається на увазі рішення міських, районних та обласних рад.

Наприклад, відповідно до пункту 34 частини першої статті 26 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» [158], статей 12, 110, 111, 116, 118, 121-126, 127, 128, 134, 142, 143 Земельного кодексу України [74] з метою встановлення єдиного порядку врегулювання земельних відносин, пов'язаних із набуттям громадянами права на земельні ділянки міські та сільські ради можуть встановлювати обмеження стосовно договорів пов'язаних з користуванням, набуттям у власність земельних ділянок земельного фонду територіальної громади. Іншим прикладом є рішення Івано-Франківської міської ради «Про впорядкування продажу пива, слабоалкогольних та алкогольних напоїв в роздрібній торгівельній мережі», яким регламентується реалізація алкогольних напоїв у торгівельних закладах у чітко встановлені години їх роботи.

Та й загалом на сьогодні все більшого значення набувають не лише законодавчі акти, але й інші нормативні-правові акти. Йдеться про ті

обмеження, які записані в міжнародних договорах, рішеннях КСУ, рішеннях Міжнародного суду з прав людини тощо.

Обмеження договірної свободи можуть бути зазначені, як вже зазначалося вище, і в тексті самих договорів. Крім того, не слід виключати і з цієї класифікації можливість обмеження свобод, прав в договірних відносинах нормативними актами індивідуального характеру.

Тому з врахуванням вище зазначених зауважень, вважаємо, згадану класифікацію слід доповнити, та узагальнивши дещо змінити сам класифікаційний критерій.

Таким чином, залежно від виду акта, яким передбачено обмеження, можна виділити: 1) обмеження договірної свободи, які передбачені нормативними актами; 2) обмеження договірної свободи, які передбачені договорами, в тому числі нормативними актами індивідуального характеру.

У всіх вище зазначених класифікаціях не враховано також того факту, що обмеження договірної свободи можуть стосуватися як всіх без виключення потенційно можливих суб'єктів цивільних правовідносин, так і певного визначеного кола осіб. Наприклад, в ХХІ столітті неможливо собі уявити купівлю-продаж людини, оскільки її життя та здоров'я проголошені найвищою соціальною цінністю, а такий правочин буде суперечити нормам моралі і публічному порядку. Свобода людини захищається та охороняється рядом міжнародних документів. Зокрема, відповідно до ст. 4 Загальної декларації прав людини ніхто не повинен бути в рабстві або у підневільному стані; рабство і работоргівля забороняються в усіх їх видах.

Разом з тим обмеження на придбання іноземцями земельної ділянки сільськогосподарського призначення є обмеженням відносним, оскільки стосується тільки певної частини (групи) осіб.

Тобто йде мова про те, що деякі обмеження стосуються абсолютно всіх (тобто без виключення) потенційних суб'єктів договірних відносин. Інші поширюють свою дію лише на певне визначене коло осіб, яким притаманний визначений перелік ознак.

Для того, щоб вивести авторську класифікацію в даному випадку перш за все слід згадати поділ цивільних правовідносин. Залежно від особливостей суб'єктного складу виокремлюють абсолютні та відносні правовідносини. Абсолютні правовідносини - це такі правовідносини, в яких уповноваженій особі протистоїть невизначене коло обов'язків суб'єктів. Наприклад, правовідносини, що мають місце між власником і всіма третіми особами; між власником виключних прав на твори науки, літератури і мистецтва та інші результати інтелектуальної діяльності і всіма третіми особами. У цих правовідносинах праву власника, виключному праву автора результату інтелектуальної діяльності кореспондує обов'язок невизначеного кола осіб не порушувати дані права. На відміну від цього відносні правовідносини встановлюються між чітко визначеними суб'єктами, коли уповноваженій особі протистоїть не кожна особа, а лише визначений, конкретний суб'єкт. Наприклад, при укладенні договору підряду має бути встановлена особистість як замовника, так і підрядника, тому обов'язок з виконання зобов'язання покладається на конкретного підрядника, який і протистоїть замовникові як зобов'язана особа.

Так само обмеження свободи договору слід поділяти на:

- 1) абсолютні – це обмеження, дія яких поширюється на невизначене коло осіб;
- 2) відносні – це обмеження свободи договору, дія яких поширюється щодо чітко визначеного кола суб'єктів.

Як було відображено в підрозділі 1.1. даного дисертаційного дослідження обмеження договірної свободи завжди спрямовані на досягнення певної цілі. Наприклад, в часи Стародавнього Риму рабовласнику не дозволялося дарувати свободу більше ніж 5 своїм рабам. Таким чином, таке договірне обмеження охороняло рабовласницький державний та суспільний лад від появи вільних людей. Насьогодні основна мета більшості договірних обмежень полягає в захисті слабшої сторони в договорі. Як бачимо, в будь-якому договірному обмеженні присутня певна мета.

Тому за метою встановлення варто виділити: 1) обмеження договірної свободи з метою охорони та захисту сторін договору; 2) обмеження договірної свободи з метою охорони та захисту інтересів третіх осіб; 3) обмеження договірної свободи з метою охорони та захисту інтересів держави.

Також однією з визначальних характеристик динаміки договору є його поділ на стадії. Єдиного підходу до визначення стадій в науці цивільного права немає. Найбільш поширеним є поділ на такі стадії: укладення, виконання, зміни та припинення.

Виходячи з такого поділу, доцільно запропонувати класифікацію обмежень договірної свободи:

1) Обмеження на стадії укладення договору. Так, певною мірою обмежується й свобода підприємця при укладенні публічного договору, від чого він не може відмовитися (ч. 4 ст. 633 ЦК України).

2) Обмеження на стадії виконання договору. Прикладом такого обмеження є положення ст. 533 ЦК України про те, що грошове зобов'язання має бути виконане у гривнях.

3) Обмеження на стадії зміни договору.

4) Обмеження на стадії припинення договору. Прикладом є ст.ст. 601 і 602 ЦК України. Зобов'язання припиняється зарахуванням зустрічних однорідних вимог, строк виконання яких настав, а також вимог, строк виконання яких не встановлений або визначений моментом пред'явлення вимоги. Разом з тим ч. 1 ст. 602 ЦК України встановлено обмеження щодо зарахування зустрічних вимог у випадку: 1) про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю; 2) про стягнення аліментів; 3) щодо довічного утримання (догляду); 4) у разі спливу позовної давності; 4-1) за зобов'язаннями, стороною яких є неплатоспроможний банк, крім випадків, установлених законом.

Висновки до розділу 1:

1. Характерними ознаками свободи договору в римський період є: 1) пріоритет захисту інтересів рабовласників та необмеженої приватної власності; 2) жорстке відношення до боржника.

2. Договірна свобода в період феодалізму характеризувалася обмеженням свободи в укладенні договору становою приналежністю до певного кола осіб; існуванням цехової монополії та встановленням монопольних цін на ринку.

3. Наприкінці ХХ початку ХХІ століття концепція абсолютної свободи договору змінюється концепцією захисту слабшої сторони в договорі, впровадженням обмежень свободи договору.

4. В західній доктрині рівень обмеження договірної свободи все більше залежить не від стану розвитку законодавства, а від судових підходів щодо застосування принципів добросовісності, розумності та справедливості (зокрема, від рішень Європейського суду з прав людини).

5. В період планової економіки свобода договору була суттєво обмежена, що зумовлювалось тотальним впливом держави на всі правовідносини в середині держави. Визначальним критерієм обмеження договірної свободи були "плани", що встановлювались на рівні держави та союзних республік. На договірну свободу суттєвий вплив мало адміністративне право через систему адміністративних актів.

6. На сучасному етапі правотворення особливу роль в обмеженні свободи договору відіграють рішення Конституційного Суду України (зокрема, рішення КСУ стосовно захисту прав споживачів).

7. У широкому значенні, договірна свобода – це принцип цивільного права, зміст якого полягає в забезпеченні та гарантуванні суб'єкту цивільних правовідносин вільного волевиявлення при реалізації її договороздатності.

У вузькому значенні договірна свобода – це надана сторонам можливість вступати у переддоговірні відносини, укласти договір, обирати контрагента за договором, визначати вид, форму та зміст договору, змінювати та розривати

договір, при цьому дотримуючись норм цивільного права та моральних засад суспільства.

8. Обмеження договірної свободи - це певні виключення стосовно можливої поведінки суб'єкта в договірних відносинах, які ускладнюють здійснення прав та інтересів однієї сторони договору з метою охорони чи сприяння реалізації прав та інтересів іншої сторони договору, суспільних інтересів, а також прав інших осіб (кредитори, треті особи в договорах на користь третіх осіб).

9. Межа договірної свободи – це гранична можливість реалізації прав та інтересів, а також мінімально встановлена необхідність виконання обов'язків, яка передбачена законом чи договором та зумовлена потребою захисту моральних засад, суспільних інтересів та публічного порядку.

10. Ознаками обмежень договірної свободи є:

1) спрямованість на утримання від здійснення певних дій однією стороною договору та одночасне задоволення інтересів протилежної сторони договору чи суспільних інтересів в цілому;

2) націленість на захист публічного порядку, суспільної моралі;

3) закріплення в нормах права або в положеннях договору;

4) зменшення обсягу свободи, прав;

5) реалізація за допомогою обов'язків, заборон тощо.

11. В залежності від виду акта, яким передбачено обмеження, можна виділити: 1) обмеження договірної свободи, які передбачені нормативними актами; 2) обмеження договірної свободи, які передбачені договорами, в тому числі нормативними актами індивідуального характеру.

12. Залежно від дії обмежень на сторін договору варто виділяти: 1) односторонні; 2) двосторонні; 3) багатосторонні.

13. За метою встановлення: 1) обмеження договірної свободи з метою охорони та захисту сторін договору; 2) обмеження договірної свободи з метою охорони та захисту інтересів третіх осіб; 3) обмеження договірної свободи з метою охорони та захисту інтересів держави.

14. Залежно від факторів, що обумовлюють обмеження договірної свободи, варто виділити: 1) економічно обумовлені, 2) соціально обумовлені, 3) політично обумовлені; 4) технічно обумовлені, 5) екологічно обумовлені.

15. За критерієм поширеності їх на суб'єктів правовідносин на: 1) абсолютні – це обмеження, дія яких поширюється на невизначене коло осіб; 2) відносні – це обмеження свободи договору, дія яких поширюється щодо чітко визначеного кола суб'єктів.

РОЗДІЛ 2

МЕХАНІЗМ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВІРНОЇ СВОБОДИ

2.1. Обмеження договірної свободи у механізмі правового регулювання

Поняття механізму правового регулювання. Існуюча в суспільстві система зобов'язальних відносин постійно потребує правового впливу. Форми та методи даного впливу змінюються залежно від суспільних потреб. Правове регулювання в суспільстві здійснюється за допомогою певних механізмів.

На думку В.Н. Хропанюк, механізм правового регулювання - це система правових засобів, за допомогою яких досягається впорядкованість суспільних відносин згідно з цілями й завданнями правової держави [211, с. 341]. Є й інше визначення механізму правового регулювання, а саме те, що останнє - це сукупність елементів, зв'язків і динамічних закономірностей, необхідних і достатніх для врегулювання одного елементарного акту поведінки, тобто, по суті, він характеризує принцип дії права [176, с. 71]. С.С. Алексєєв під механізмом правового регулювання розуміє взату в єдності систему правових засобів, за допомогою якої забезпечується результативний правовий вплив на суспільні відносини [3, с.317-318]. Хоча цей механізм утворюють юридичні засоби (елементи) (юридичні норми, правовідносини й акти реалізації суб'єктивних прав та обов'язків), взяті в єдності, кожен із них виконує й самостійну, відносно автономну роль, причому головна належить саме правовим нормам, за допомогою яких здійснюється регламентація суспільних відносин. Усі інші юридичні засоби (елементи) обумовлені не тільки системою юридичних норм, що у своїй сукупності утворюють право в об'єктивному розумінні, а й сутністю його конкретних проявів. Р.К. Русинов та А.П. Семітко пропонують розглядати механізм правового регулювання як «систему юридичних засобів, за допомогою яких здійснюється правове регулювання» [88, с. 276]. На думку А.В. Малька, «механізм правового регулювання – це система правових засобів, організованих найбільш послідовним способом із

метою подолання перешкод, що стоять на шляху задоволення інтересів суб'єктів права» [107, с. 625]. В.Ф. Яковлев розглядав механізм правового регулювання як систему правових засобів, за допомогою яких здійснюється процес результативного правового впливу на суспільні відносини з метою їх упорядкування (власне їх правового регулювання) [5, с. 9].

Також досить цікаву думку висловив В.Л. Яроцький, який зазначив, що механізм правового регулювання - це регламентаційний вплив на особисті немайнові та майнові відносини цілісної системи правових засобів, що забезпечує упорядкованість фактичної поведінки їх учасників [223, с. 248].

Є.О. Мічурін вважає, що механізм правового регулювання – це універсальний та різноманітний за своїм інструментарієм засіб правового регулювання, що через виважене застосування специфічних заборон, зобов'язувань та дозволів допомагає найкращим чином поєднати суспільні та приватні інтереси у цивільних, зокрема договірних відносинах, та при цьому спрямований на уникнення можливих конфліктів інтересів різних осіб та суспільства [115, с. 481].

С.О. Погрібний розуміє під цим терміном механізм передачі регуляторної енергії дій суб'єкта правового регулювання, в результаті яких створюється норма права, на конкретні суспільні відносини взагалі і поведінку її суб'єктів зокрема. Також вчений вважає, що під цим поняттям має розумітися послідовний ланцюг зміни окремих правових явищ: норма права, що регулює цивільні відносини, - юридичний факт – права і обов'язки, що існують у цивільних правовідносинах, які виникли на його підставі – реалізація цих прав та виконання обов'язків, а за необхідності – також і захист порушеного права чи інтересу. Даний механізм зв'язує між собою норму цивільного права та стан правопорядку в цивільних відносинах, призводить до втілення у суспільних відносинах тих цілей правового регулювання, які закладені у нормах [139, с.304].

А.Д. Корецький дав два визначення механізму правового регулювання, а саме він розумів це поняття у вузькому та широкому значенні. У вузькому

значенні (традиційне розуміння), механізм правового регулювання - це система юридичних засобів, покликана привести суспільні відносини у відповідність з державно схвалюваними моделями поведінки. У широкому значенні, під цим поняттям потрібно розуміти сукупність безпосередньо – соціальних засобів об'єктивації та реалізації норм природного права, покликаних забезпечувати стабільність суспільних відносин шляхом найбільш оптимального поєднання громадських та індивідуальних інтересів членів соціуму, в цілях створення умов для прогресивного розвитку кожного індивідуума, а також реалізації його прав та свобод [89, с.52].

Варто погодитися з думкою А.Д.Корецького про те, що механізм правового регулювання доцільно розглядати в широкому та вузькому розумінні. Одночасно, якщо розглядати механізм правового регулювання у вузькому значенні, то найбільш прийнятною, видається, позиція Є.О.Мічуріна, оскільки саме в ній акцентується увага на тому, що призначення механізму правового регулювання полягає в тому числі в «уникненні можливих конфліктів інтересів різних осіб та суспільства».

Однією із складових механізму правового регулювання є механізм договірної регулювання.

Поняття механізму договірної регулювання. В сучасних умовах договір в сфері приватного права слід розглядати як універсальний юридичний засіб (елемент) механізму внутрішнього регулювання суспільних відносин (саморегулювання) [186, с. 60]. Як зазначає В.В.Васильєва, особливості договору як правочину полягають у тому, що він запускає механізм реалізації норми, визначає початок виникнення, зміст та обсяг договірної зобов'язання, а також виступає джерелом індивідуальних правил поведінки [31, с.11].

В науковій літературі поняття «договірне регулювання» має дискусійний характер, і відносно його визначення були висловлені різні думки. Так, М.Ф.Казанцев визначає договірне регулювання як правове регулювання, яке здійснюється суб'єктами цивільного права за допомогою цивільно-правових договорів, які укладаються між ними [78, с. 34]. У свою чергу А.Д. Корецький

пропонує розглядати договірне регулювання як діяльність, пов'язану з вирішенням юридично значимих питань, яким норма права не дала вичерпної регламентації, яка спирається тією чи іншою мірою на розсуд суб'єктів права, що протікає у встановленій законодавством процедурно-процесуальній формі [90, с. 41]. Дещо іншу позицію займає Н.К. Нарозников, який підкреслює, що договірне регулювання являє собою особливий засіб впливу на суспільні відносини, що дає змогу законно, максимально безконфліктно і гармонійно впливати на них. Особливого значення набуває договірне регулювання щодо зобов'язань із надання послуг у силу незначного масиву правових норм, що безпосередньо впливають на дані відносини [124, с. 85].

Ряд науковців вказують на договірне регулювання як індивідуально-договірне правозастосування і визначають його як волюву владно організуючу діяльність суб'єктів права, що забезпечує зв'язок між правовими нормами і конкретними правовідносинами шляхом встановлення персонально адресованих та індивідуально визначених обов'язкових приписів для сторін, що завершується винесенням індивідуально-договірного акта [53, с. 185].

Цікавою, на наш погляд, є позиція запропонована А.Д. Корецьким, який вважає, що механізм договірного регулювання - це міжгалузева категорія, яка представляє собою сукупність юридичних, ідеологічних і політичних засобів, прийомів та методів, за допомогою яких держава покладає керівний вплив на укладені суб'єктами права договори з метою забезпечення їх змісту, форми, порядку реалізації та припинення вимог позитивного права і, як наслідок, дотримання в них розумного балансу публічних та приватних інтересів [89, с.22].

Також у літературі існує цікавий, на наш погляд, підхід до розуміння договірного регулювання, який викладений у праці І.В. Федорова. Вчений розглядав договірне регулювання господарських зв'язків, з однієї сторони, як різновид методу цивільно – правового регулювання, а з іншої – як процес правового впливу на розвиток господарських зв'язків, включаючи нормотворчу і правоохоронну діяльність державних органів та господарюючих суб'єктів. У

здійсненні процесу договірного регулювання виділяють два етапи. На початковому етапі компетентні органи державної влади та управління розробляють і приймають нормативно-правові акти, в яких передбачають (моделюють) основні види правових форм господарсько-договірних відносин, які складаються в народному господарстві, і встановлюють межі і порядок нормативно – правової та індивідуально-правової регламентації цих відносин. На другому етапі процесу договірного регулювання господарських зв'язків здійснюється правозастосовна діяльність державних органів госпрозрахункових організацій. Тут здійснюється реалізація встановлених державою норм права і в окреслених ними межах здійснюється індивідуально-правова регламентація господарсько-договірних відношення. Правозастосовна діяльність у цьому випадку поєднується з виконавчою, а також правоохоронною діяльністю [205, с. 136].

Варто також відзначити думку С.О.Погрібного, який до елементів механізму правового регулювання договірних відносин відносить норми цивільного права, юридичні факти, що передбачені нормами цивільного права; суб'єктивні юридичні права та обов'язки в договірних зобов'язаннях, що також передбачені нормами цивільного права і які отримують суб'єкти правовідносин, що виникли на підставі згаданих юридичних фактів; здійснення суб'єктивних юридичних прав та виконання суб'єктивних юридичних обов'язків; захист порушених прав [139, с. 201].

У науковій літературі існує точка зору, що, поряд з цивільно-правовим договірним регулюванням, на договірні відносини впливає загально-нормативне правове регулювання, адміністративне правове регулювання і судове правове регулювання. При цьому підкреслюється, що у правовому регулюванні договірних відносин загально-нормативне правове регулювання бере участь завжди, взаємодіючи з договірним регулюванням, тоді як адміністративне і судове правове регулювання – лише в окремих випадках [76, с. 70].

Щодо ролі обмежень свободи договору в договірному регулюванні, то варто навести думку Є.О.Мічуріна про те, що обмеження застосовуються в механізмі правового регулювання як засіб стримування особи, що ускладнює можливості здійснення окремих суб'єктивних цивільних прав. Залежно від правового режиму, умов чи правил здійснення окремих цивільних прав, встановлених законом, обмеження ускладнюють здійснення цивільних прав у певних межах [120, с. 72].

Цікавим є розуміння ролі обмежень договірної свободи у англо-американській правовій системі, згідно якої для здійснення обмеження свободи договору створюється спеціальний механізм. Кристофер Осаке у своєму дослідженні доводить, що обмеження свободи договору здійснюється різними традиційними способами, які сукупно носять назву «наглядові доктрини» (policing doctrines) чи «наглядові теорії» (policing theories). Суть їх зводиться до однієї мети: визначення моменту, коли свобода договору закінчується, і коли "дозвільне" правове регулювання договірних відносин починається. Встановлення меж між цими двома ідеалами є першочерговим завданням, яке поставлене перед судами. При здійсненні цієї правової політики суд зважає на справедливість кожної конкретної справи, ціль встановлених обмежень свободи договору і приписи конкретного принципу договірного права. Кристофер Осаке у своєму дослідженні ці наглядові доктрини розглядає не за окремими поіменованими видами договорів, а за визначеними інститутами загального договірного права і за окремими етапами договірного процесу [132, с. 22].

В такому погляді на призначення обмежень свободи договору в механізмі правового регулювання є певна логіка. Тому роль обмежень в механізмі правового регулювання доцільно досліджувати у відповідності до послідовності стадій договору.

Свобода договору у механізмі правового регулювання починає проявлятися не на етапі укладення договору, а ще на етапі ведення переговорів. Насамперед, на переддоговірному етапі принцип свободи договору означає, що: по-перше, кожний суб'єкт цивільних правовідносин має можливість вільно обрати

контрагента для укладення договору; по-друге, такий суб'єкт вправі вільно обрати будь-який різновид правочину, який має забезпечити досягнення бажаної правової мети; по-третє, кожний правомочний суб'єкт має право вільно обрати об'єкт договірної зобов'язання; по-четверте, кандидати в контрагенти майбутнього договору можуть вільно до моменту його укладення відмовитися від своєї пропозиції укласти договір, або від своєї згоди (акцепту) про прийняття пропозиції (оферти) іншої особи; по-п'яте, до моменту укладення договору сторони можуть вільно визначати умови майбутнього договору та свої права та обов'язки [59, с. 143].

Свобода укладення договору проявляється в свободі сторін вирішувати, коли та з ким вступати в переговори з наміром укласти договір, яким чином вести переговори. Тобто, як було зазначено вище, принцип свободи договору починає діяти ще на етапі, який передує укладенню договору, а саме на етапі переговорів, коли сторони тільки з'ясовують можливості один одного. В ЦК України відсутнє законодавче визначення переддоговірних відносин. Відповідно до ч. 4 ст. 213 ЦК України, переговори та інші фактичні дії, які передують договору, визнаються лише обставинами, пов'язаними з укладенням договору та набувають правового значення у випадку тлумачення договору з метою виявлення спільної волі сторін.

Як правило, сторони вільні не тільки вирішувати, коли і з ким вступати в переговори з наміром укласти договір, але також вони вільні вирішувати, чи варто їм продовжувати переговори, а також яким чином і як довго їх вести для того, щоб досягти угоди, а також на власний розсуд узгоджувати правила вступу у договірні зв'язки, визначати місце та час вступу. Зазначені правила можуть встановлюватися сторонами як в усній, так і в письмовій формах, що виражається укладенням попереднього договору. Утім, зазначені угоди можуть стосуватися не тільки порядку ведення переговорів (строків, протягом яких має бути розпочато (закінчено) переговори, конфіденційності інформації, отриманої під час переговорів тощо), а й закріплювати проміжний результат, який досягнуто під час переговорів, сторонам яких не вдалося досягти кінцевої

домовленості щодо всіх істотних умов. Так, до переддоговірних угод законодавство низки країн відносить угоди з навмисно відкритими умовами (узгодження яких сторонами передбачено у майбутньому), що не є перешкодою їх визнання укладеними (такими, що відбулися). У разі ж недосягнення згоди за відкритими умовами останні можуть визначатися у судовому порядку [113, с. 258].

На практиці, часто спостерігається, як сторони застосовують недобросовісну поведінку при веденні переговорів, а саме укладають договори із застосуванням помилки, обману, насильства, безпідставно відмовляються вести переговори, одночасно ведуть переговори щодо укладення одного і того ж договору з кількома потенційними контрагентами, укладають договори під впливом тяжкої обставини та вчиняють правочини внаслідок зловмисної домовленості представника однієї сторони з другою стороною.

Таке становище дало підстави деяким вченим запропонувати встановлення певної відповідальності на етапі ведення переговорів. На думку В.О.Горєва, слід ввести у законодавство цивільно-правову норму, яка б передбачала адекватні правові обмеження свободи переговорів при укладенні договору та відповідальність за їх порушення, а відтак – запобігала б недобросовісним переговорам при укладенні договору, а також забезпечувала б повноцінний правовий захист законних інтересів суб'єктам цивільних правовідносин від несприятливих наслідків таких переговорів [45, с. 74].

Змушені не погодитися з вище зазначеною думкою. Як влучно відмічає Ж. Карбоньє, що «переддоговірний період при укладенні договору знаходиться поза правом» [224, с. 67]. Та й загалом законодавство передбачає ряд норм, які мотивують сторін договірного правовідношення здійснювати дії, не порушуючи права та інтереси інших осіб.

На думку М. І. Брагінського, за відсутності в цивільному законодавстві спеціальних положень про недобросовісні переговори вимога про відшкодування збитків, завданих особі внаслідок таких переговорів, в одних випадках може ґрунтуватися на положеннях цивільного законодавства про

шikanу, в інших – на положеннях антимонопольного законодавства про недобросовісну конкуренцію [26, с. 325].

Крім того, певна відповідальність встановлена в міжнародно-правових документах. Так, стаття 2.15 Принципів УНІДРУА встановлює відповідальність за недобросовісне ведення переговорів. Недобросовісним, зокрема, є вступ сторони до переговорів або їх продовження за відсутністю наміру досягти домовленості з іншою стороною, наприклад, виключно з метою перешкодити укладенню договору з іншою особою [145]. Припинення переговорів теж може бути розцінене як недобросовісна поведінка, наприклад, коли інша сторона вже понесла значні витрати у зв'язку з підготовкою до майбутнього договору. Винна сторона, згідно зі ст. 2.15 Принципів, відповідальна за втрати, заподіяні іншій стороні. Іншими словами, потерпіла сторона може отримати відшкодування витрат, понесених нею при переговорах і може отримати компенсацію за втрату можливості укласти інший договір з третьою особою (так званий негативний договірний інтерес). Проте вона за загальним правилом не може отримати відшкодування вигоди, яку вона мала б, якби первинний договір був би все-таки укладений (так званий позитивний договірний інтерес). Очевидно, що в першому випадку йдеться лише про реальний збиток, а в другому — про упущену вигоду. Принципи УНІДРУА закріплюють правило, відповідно до якого сторони мають бути повернені в становище, що існувало до початку переговорів. Часто в процесі переговорів сторона передає іншій стороні інформацію, яка не підлягає розголошуванню третім особам. Обов'язок зберегти такі відомості в таємниці, а також не використовувати їх неналежним чином для власних цілей існує незалежно від того, укладено договір чи ні. Це правило сформульоване в ст. 2.16 Принципів УНІДРУА. Порухення цього обов'язку обумовлює право потерпілої сторони вимагати виплати компенсації, заснованої на вигоді, отриманій іншою стороною. При цьому відшкодування слідує і у тому випадку, коли сторона, що потерпіла, не понесла жодного збитку.

Вважаємо законодавче обмеження свободи договору шляхом встановлення відповідальності на етапі переддоговірних зобов'язань є обмеженням договірної свободи. Це призведе лише до надлишкової зарегульованості цієї сфери відносин між сторонами майбутнього договору.

Щодо обмежень під час укладення договору, то варто відзначити наступне. Деякі з них стосуються волі та волевиявлення сторін. Частина інших стосуються також правосуб'єктності контрагентів за договором.

Існує дві позиції, одна з яких полягає в абсолютизації обмежень та зменшенні ролі волевиявлення при укладенні договору, інша визнає певні обмеження, проте надає великого значення волевиявленню. Так, існує погляд, згідно з яким воля приватних осіб під час укладення договору не має вирішального значення, оскільки значна частина умов заздалегідь визначена для сторін імперативними приписами. На нашу думку, сторони самі повинні визначати усі умови договору та узгоджувати інтереси кожного з учасників договірних відносин. Але, звичайно, у законодавстві повинні бути закріплені імперативні законодавчі норми, які б у деяких випадках обмежували саме вільне волевиявлення сторін, регулювали поведінку контрагентів, встановлювали межі здійснення такої поведінки, та загалом підтримували публічний порядок. Отож, потрібно законодавчо закріпити положення, основою яких були б, по-перше, нормативно-правові акти, тобто імперативні норми, які незалежно від їх змісту не можуть бути змінені за власною волею сторін, та по-друге, це могли б бути ненормативні джерела, положення яких сторони вправі змінювати на власний розсуд. Саме тому, будь-яка правова норма є обмеженням договірної свободи і будь-яка діяльність, навіть та, яка прямо не спрямована на заборону обмеження, виступає як обмеження свободи.

Такої ж думки дотримується В.О. Горєв, який у своєму дисертаційному дослідженні також згадує про обмеження вільного волевиявлення особи на укладення договору, встановлені законом. Передусім автор звертає увагу на обмеження договірної свободи тих договорів, які мають публічний характер. Волевиявлення сторін договору обмежується на думку вченого у випадках,

коли йдеться про роздрібну торгівлю, перевезення транспортом загального користування, послуги зв'язку, медичне та готельне обслуговування, банківське обслуговування, договори за участю суб'єктів природних монополій [45, с. 80].

За загальним правилом, кожен учасник договірних відносин, вступаючи в договірний зв'язок, вправі обирати свого контрагента на власний розсуд. Але в законодавстві закріплено досить велику кількість норм, які обмежують у свободі контрагента. Наприклад, публічний договір, договір приєднання, договір про закупівлю товарів, виконання робіт та послуг за державні кошти, договір поставки продукції для державних потреб, договір оренди державного або комунального майна, договір купівлі-продажу об'єктів приватизації.

Так, існує ряд договорів, де контрагентами у договорі повинні виступати лише фізичні особи. Це договори, де сторонами чи стороною у договорі може бути лише фізична особа (договір довічного утримання, спадковий договір та інші).

А з договору довірчого управління майном випливає, що управителем може бути лише суб'єкт підприємницької діяльності. Деякі обмеження у виборі контрагента за договором стосуються також іноземних громадян та осіб без громадянства щодо укладення цивільно-правового договору.

В ст. 13 Конституції України вказано, що земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони є об'єктами права власності Українського народу. Згідно зі ст. 22 та 81 ЗК України, заборонено придбавати землі сільськогосподарського призначення іноземними громадянами та особами без громадянства. У випадку успадкування такими особами землі вона має бути відчужена протягом одного року. Обмеження договірної свободи вибору іноземного громадянина чи особи без громадянства у виборі контрагента за договором здійснюється для захисту та задоволення потреб громадян України.

Категорія дієздатності є також обмежувачем договірної свободи. Йдеться про правочиноздатність Основною складовою вступу особи у договірні зв'язки

є набуття особою повної дієздатності шляхом досягнення визначеного віку. Насамперед, категорія «дієздатність» використовується, перш за все, для захисту інтересів суб'єктів договору, не володіючих достатньою самостійністю, іншими якостями необхідними для реалізації своїх прав.

Відповідно до ст.34 ЦК України, повну цивільну дієздатність має фізична особа, яка досягла вісімнадцяти років (повноліття). Але із цього правила існують деякі винятки, а саме у разі реєстрації шлюбу фізичної особи, яка не досягла повноліття вона набуває повної цивільної дієздатності з моменту реєстрації шлюбу. Також, повна цивільна дієздатність може бути надана фізичній особі, яка досягла шістнадцяти років і працює за трудовим договором, а також неповнолітній особі, яка записана матір'ю або батьком дитини. Повна цивільна дієздатність може бути надана фізичній особі, яка досягла шістнадцяти років і яка бажає займатися підприємницькою діяльністю. Але закон встановлює і інші визначені вікові критерії визнання за особою часткової цивільної дієздатності, яка не досягла чотирнадцяти років та неповної цивільної дієздатності особи у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років. Так, малолітніх осіб законодавець максимально обмежує у договірній свободі. Вони вправі самостійно вчиняти лише дрібні побутові правочини та здійснювати особисті немайнові права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняються законом. Для неповнолітніх осіб закон дещо розширює договірну свободу, дозволяючи їм самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією або іншими доходами; самостійно здійснювати права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняються законом; бути учасником (засновником) юридичних осіб, якщо це не заборонено законом або установчими документами юридичної особи; самостійно укласти договір банківського вкладу (рахунку) та розпоряджатися вкладом, внесеним нею на своє ім'я (грошовими коштами на рахунку). Розширити межі договірної свободи таких категорій громадян можна за участю батьків (усиновлювачів) або піклувальників. Відповідно до ст. 32 ч. 3 ЦК України неповнолітня особа може розпоряджатися грошовими коштами, що внесені повністю або частково

іншими особами у фінансову установу на її ім'я, за згодою органу опіки та піклування та батьків (усиновлювачів) або піклувальника.

Здатність особи, яка досягла 18-річного віку, до вчинення правочинів може бути обмежена внаслідок зловживання спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами, чи стражданням на психічний розлад, який істотно впливає на її здатність усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними. В цьому випадку, особа може вчиняти лише дрібні побутові правочини. Дані категорії громадян не можуть користуватися повною договірною свободою, адже через свою нездатність розуміти значення своїх дій та керувати ними можуть спричинити шкоду собі чи своєму контрагенту.

ЦК містить ряд обмежень щодо участі юридичних осіб у різного роду договірних моделях. І це цілком вірно, адже договороздатність юридичної особи не охоплює можливості укласти договори, що спрямовані на набуття або реалізацію тих цивільних прав і обов'язків, котрі можуть належати лише фізичній особі. Так, тільки фізична особа може бути відчужувачем в договорі довічного утримання (ст.746), замовником у договорі побутового підряду (ст.865), пасажиром у договорі перевезення пасажирів та багажу (ст.910), поклажодавцем у договорі зберігання речі у ломбарді (ст.967). Така позиція законодавця підтверджує той факт, що для юридичних осіб характерними є ті договори, що відповідають її правовій природі як суб'єкта цивільних правовідносин [71, с. 64]. Обсяг цивільної правоздатності не є безмежним, оскільки визначається її установчими документами. Це означає, що комерційні організації, якщо у їх установчих документах не міститься вичерпний перелік видів діяльності, яку вони можуть здійснювати, можуть займатися будь-якою підприємницькою діяльністю, не забороненою законом. Реалізуючи власну правоздатність, юридична особа може укласти будь-які угоди. Проте якщо, наприклад, статутом юридичної особи визначений вичерпний перелік можливих видів її діяльності – вона наділена спеціальною правоздатністю, виходити за межі якої не має права. Укладені такою юридичною особою за межами її правоздатності правочини є недійсними [209, с. 761].

Наступним обмеженням договірної свободи є обмеження свободи вибору форми договору. Відповідно до ч. 1 ст. 639 ЦК України, договір може бути укладений у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом. Сторони при укладенні договору вправі обирати ту форму договору, яка б виражала їх волю на вступ і перебування у договірних відносинах. М.І. Брагінський та В.В. Вітрянський дійшли висновку про те, що вимога до форми договору означає лише недопустимість вибору простішої форми порівняно з формою, передбаченою законом. У той же час використання складнішої форми залежить від розсуду сторін. Отже, свобода вибору форми правочину (договору) тим самим складає правило, а визначеність форми – законний виняток [26, с. 275].

Законодавець, визначаючи форму того чи іншого виду договору, зокрема письмову з нотаріальним посвідченням чи державною реєстрацією, захищає договірні інтереси своїх громадян, а також забезпечує чітке вираження волі учасників договірних відносин, дозволяє в будь-який час ознайомитися з умовами договору, що в свою чергу, дозволяє уникнути численних конфліктів та запобігти судовим спорам при укладенні цивільно-правового договору та є належним доказом при захисті інтересів потерпілої сторони.

Але законодавець у ст. 639 ЦК України встановлює досить широкі межі договірної свободи у визначенні форми договору, адже сторони вправі домовитися укласти договір у певній формі, і останній, вважається укладеним з моменту надання йому цієї форми, навіть якщо законом ця форма для даного виду договору не вимагалася.

На сьогоднішній день вимоги щодо форми цивільно-правового договору в законах України, зокрема у ЦК України можна розділити на три рівні: положення про форму правочину, положення про форму договору та положення про форму окремих видів (підвидів) договорів. Форма договору підпорядковується вимогам закону щодо форми правочину, тому що договір є різновидом правочину. З огляду на це, реалізуючи свободу вибору форми договору, учасники цивільних відносин обов'язково мають враховувати

положення про форму правочину [45, с. 129]. Нотаріальне посвідчення і державна реєстрація окремих видів договорів покликані, з одного боку, забезпечувати державний контроль за правомірністю вчинюваних сторонами дій, а з другого боку, допомагати самим сторонам та органам, що вирішують спори, у з'ясуванні юридичної природи договору та його правових наслідків [100, с. 96].

Виходячи із норм ЦК України, сторони є вільними у виборі усної, письмової або письмової з нотаріальним посвідченням форми договору. Так, статтею 206 ЦК України передбачено, що усно можуть вчинятися правочини, які повністю виконуються сторонами у момент їх вчинення, за винятком правочинів, які підлягають нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації, а також правочинів, для яких недодержання письмової форми має наслідком їх недійсність. Юридичній особі, що сплатила за товари та послуги на підставі усного правочину з другою стороною, видається документ, що підтверджує підставу сплати та суму одержаних грошових коштів. Правочини на виконання договору, укладеного в письмовій формі, можуть за домовленістю сторін вчинятися усно, якщо це не суперечить договору або закону. Із вказаної статті випливає, що лише юридичні особи при укладенні усного договору захищені від неправомірного зловживання з боку його контрагента, адже у разі будь-яких судових спорів, підтвердженням укладення договору буде документ, що вказує на підставу сплати та суму одержаних грошових коштів. Що стосується фізичної особи, при укладенні, наприклад, договору роздрібної купівлі-продажу, покупцю не завжди видається квитанція або інший документ, що засвідчує укладення договору.

Як відзначає І.В. Спасибо-Фатєєва, більш складна форма встановлюється для «укріплення» прав [189, с. 34-35]. Адже застосування більш складної форми договору сприяє охороні прав учасників договору, дозволяє найбільш ефективно їх захистити при порушенні через спрощення доказування як факту укладення правочину, так і його змісту. Це досягається через надання договору письмової форми, а іноді додатково – через його нотаріальне посвідчення [121,

с. 322]. На думку А.В. Луць, сторони на свій розсуд можуть обрати найпростішу (усну) форму договору навіть у тих випадках, коли закон передбачає для цих випадків просту письмову форму, але без наслідків недійсності договору при недодержанні письмової форми та дії сторін по виконанню договору (наприклад, передача товарів безпосередньо покупцеві чи відвантаження їх одержувачу). Тому автор доводить, що правочини на виконання договору, укладеного письмово, можуть за домовленістю сторін вчинятися усно, якщо це не суперечить положенням закону та договору [100, с. 98]. Також договір може вчинятися шляхом виразу волі особи на укладення договору методом конкретної поведінки та мовчанням. Угода, для якої законом не встановлена певна форма, вважається укладеною, якщо з поведінки особи видно її волю укласти угоду (конклюдентні дії). Мовчання ж визнається виявом волі укласти угоду лише у випадках, передбачених законодавством [100, с. 96]. І справді, передбачено ряд договорів, які укладаються внаслідок здійснення конклюдентних дій, тобто вчиняють правочин на заздалегідь відомих умовах, наприклад, прохід через турнікети метро, здійснення платежу жетоном, купівля печива з автомату, що вимагає від нас лише кинути жетон чи відповідну монету тощо. У цьому випадку, договірна свобода обмежується для обох сторін договірних відносин, адже вони не вправі обирати форму договору на власний розсуд (а має місце правочин вчинений шляхом конклюдентних дій).

Дискусійним є обмеження щодо форми договору передбачене п. 3 ч. 1 ст. 208 ЦК України. Відповідно до змісту цієї норми у письмовій формі належить вчиняти правочини фізичних осіб між собою на суму, що перевищує у двадцять і більше разів розмір неоподаткованого мінімуму доходів громадян, крім правочинів, передбачених ч.1 ст. 206 ЦК України.

О.В. Дзера відзначає, що розмір неоподаткованого мінімуму доходів громадян є змінною величиною, тому особам необхідно буде кожного разу визначати конкретну суму договору для вирішення питання про його форму, що врешті створюватиме для них суттєві незручності і спричинюватиме непорозуміння [55, с. 27]. Тому В.О. Горєв вважає за доцільне визначати суми

договорів при встановленні щодо них вимог про форму у вигляді конкретних грошових сум [45, с. 130].

Змушені не погодитися з жодним із запропонованих варіантів. По-перше, неоподатковуваний мінімум громадян залишається сталою величиною уже досить багато років. На момент прийняття даної норми (2004 рік) 20 неоподатковуваний мінімумів мали одну купівельну спроможність. А на сьогодні вона значно нижча. Тому від прив'язування до неоподаткованого мінімуму доходів громадян слід відмовитися. По-друге, пропозиція щодо встановлення фіксованих сум для окремих договорів також є недоцільною. З врахуванням постійної інфляції такі фіксовані суми швидко втратять свою актуальність. По-третє, варто звернути увагу на законодавчу практику в інших галузях права. Зокрема, раніше ставки судового збору виражалися в неоподатковуваних мінімумах доходів громадян. Насьогодні, вони прив'язані до мінімальної заробітної плати.

Тому, вважаємо, максимальну допустиму суму усного договору слід обумовлювати відносно до мінімальної заробітної плати. Мінімальна заробітна плата постійно підвищується, оскільки повинна враховувати інфляційні процеси. Таким чином, і зміст п. 3 ч. 1 ст. 208 ЦК України не втрачатиме своєї актуальності та відповідатиме умовам ринку. Станом на момент введення чинного ЦК України в дію, розмір мінімальної плати становив 185 грн. Таким чином, на той час метою п. 3 ч. 1 ст. 208 ЦК України було обмежити укладення договору в усній формі для договорів, що перевищують півтора мінімальної заробітної плати. Саме таку суму у відношенні до мінімальної заробітної плати пропонуємо включити в ЦК України.

Таким чином, пропонуємо викласти п. 3 ч. 1 ст. 208 ЦК України в такій редакції: "правочини фізичних осіб між собою на суму, що перевищує у півтора і більше разів розмір мінімальної заробітної плати громадян, крім правочинів, передбачених ч.1 ст. 206 ЦК України;".

Розглядаючи обмеження свободи договору крізь призму механізму правового регулювання, важливо з'ясувати співвідношення державної

реєстрації договору із принципом свободи договору та чи виступає державна реєстрація договору одним із факторів обмеження договірної свободи.

На думку Я.М.Романюка, державна реєстрація правочину не є порушенням принципу свободи договору, яким керується ЦК. Орган державної реєстрації не здійснює перевірки відповідності зовнішнього волевиявлення сторін договору їх внутрішній волі, так само як і відповідності його умов вимогам закону. Ці повноваження і надалі залишаються за нотаріусом при вчиненні нотаріального посвідчення договору [183, с. 44].

Конституційний Суд Російської Федерації, даючи відповідь на аналогічне питання, в ухвалі від 5 липня 2001 р. № 154-О «Про відмову у прийнятті до розгляду скарги закритого акціонерного товариства «Севент» на порушення конституційних прав і свобод положеннями п. 1 ст. 165, п. 3 ст. 433 і п. 3 ст. 607 ЦК РФ» з цього приводу вказав: «Державна реєстрація — як формальна умова забезпечення державного, в тому числі судового, захисту прав особи, які виникли з договорів з нерухомістю, — покликана лише посвідчити з боку держави юридичну силу відповідних правовстановлюючих документів. Тим самим державна реєстрація створює гарантії належного виконання сторонами зобов'язань і, відповідно, сприяє зміцненню і стабільності цивільного обігу в цілому. Вона не зачіпає самого змісту зазначеного цивільного права, не обмежує свободу договорів, юридичну рівність сторін, автономію їх волі та майнову самостійність і тому не може розглядатися як неприпустиме свавільне втручання держави в приватні справи або обмеження прав людини та громадянина, в тому числі гарантованого Конституцією права володіти, користуватися і розпоряджатися майном, яке належить їй на законних підставах, а також свободи підприємницької діяльності» [129].

В цивільно-правовому механізмі не останню роль відіграє відповідальність за договірними зобов'язаннями. За загальним правилом сторони договірних правовідношень на власний розсуд встановлюють заходи відповідальності. Але, на нашу думку, в певних нормах прослідковується двояке відношення до різних суб'єктів цивільного обороту, які між тим мали би бути в рівному

становищі. Йдеться про Закон України "Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань" [147].

Відповідно до преамбули Закон регулює договірні правовідносини між платниками та одержувачами грошових коштів щодо відповідальності за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань. Суб'єктами зазначених правовідносин є підприємства, установи та організації незалежно від форм власності та господарювання, а також фізичні особи - суб'єкти підприємницької діяльності (речення 2 Преамбули Закону).

На жаль, в своєму рішенні № 7-рп/2013 у справі за конституційним зверненням щодо офіційного тлумачення положень другого речення преамбули Закону України "Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань» КСУ зазначив, що відповідне речення преамбули потрібно розуміти так, що обмеження пені у грошових зобов'язаннях подвійною обліковою ставкою Національного банку України, що діяла у період, за який сплачується пеня, поширюється на правовідносини, суб'єктами яких є лише підприємства, установи та організації незалежно від форм власності і господарювання та фізичні особи - суб'єкти підприємницької діяльності (підприємці) [179]. Тож фактично КСУ протрактував положення на користь банків та деяких недобросовісних учасників цивільного обороту, які користуючись необізнаністю своїх контрагентів, часто встановлюють достатньо жорсткі санкції за невиконання грошових зобов'язань. Але слід відзначити, що позиція КСУ і не могла бути інакшою. Адже формулювання преамбули чітке і унеможливорює різночитання норми. Тому необхідно змінювати саму преамбулу Закону.

Несправедливим є обмеженість дії Закону України "Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань" виключно на правовідносини, що виникають між юридичними особами. За такого формулювання норми юридична особа може розраховувати на отримання захисту з боку суду, а фізичні особи залишаються без підтримки. Показовими є декілька прикладів з судової практики.

Державне підприємство «Р.» звернулося до Господарського суду Чернігівської області з позовом до Приватного підприємства «У.» про стягнення штрафу 466 858,65 грн (5 % від суми 9 337 172,88 грн – вартості продукції, яка не сплачена), крім того, пеню у розмірі 1 % суми договору за кожний день прострочення до повного виконання покупцем договірних зобов'язань, яку за 47 днів прострочення було нараховано в розмірі 4 651 779,52 грн. Приймаючи рішення (від 8 травня 2007р.) у справі № 13/95, Господарський суд Чернігівської області зазначив, що відповідно до приписів ст. 3 ЦКУ загальними засадами цивільного законодавства є судовий захист цивільного права та інтересу, справедливість, добросовісність та розумність. Суд також враховує, що одним із проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а вміщує й інші соціальні регулятори. Справедливість – одна з основних засад права, є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права. Зазначимо, що ця позиція ґрунтується на Рішенні КСУ від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 у справі № 1-33/2004. Отже, за таких обставин, суд, дійшовши висновку про наявність складу цивільного правопорушення з боку відповідача, одночасно вирішив, що з урахуванням засад цивільного законодавства щодо справедливості, добросовісності та розумності, Закону України "Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань" сума заявлених штрафних санкцій повинна бути зменшена і відповідно підлягає стягненню в розмірі штраф у сумі 4 668,58 грн та 46 517,79 грн пені [65].

Іншим аналогічним прикладом є рішення Луганського апеляційного господарського суду, який прийняв Постанову від 24 жовтня 2006 р. у справі № 18/303 за апеляційною скаргою СТОВ за позовом ПП «У.» до СТОВ про поставку 22475 кг соняшника на суму 16 856,25 грн та стягнення пені за несвоєчасну поставку на суму 40 455 грн, з розрахунку 2 % від загальної вартості недопоставленої продукції за кожен день прострочення. Суд першої інстанції позов задовольнив у повному обсязі. Луганський апеляційний

господарський суд з таким рішенням не погодився. Згідно з ч. 6 ст. 3 ЦКУ до загальних засад цивільного законодавства належить справедливість, добросовісність та розумність. У відповідності до ч. 1 ст. 233 ГКУ, у разі якщо належні до сплати штрафні санкції надмірно великі порівняно із збитками кредитора, суд має право зменшити розмір санкцій. Судовою колегією взято до уваги те, що відповідач свої зобов'язання виконав частково та, що ненавмисно не поставив спірний соняшник позивачу, помилково вважаючи факт виконання своїх обов'язків у повному обсязі шляхом відпущення позивачу вказаної вище пшениці. Заявлена до стягнення пеня значно перевищує розмір вартості недопоставленого соняшника. Керуючись правом, Законом України "Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань" та ч. 1 ст. 233 ГКУ, судова колегія дійшла висновку про зменшення розміру пені, що підлягає стягненню з відповідача, до 4 045 грн 50 коп., а також про доцільність у решті пені відмовити. Таким чином, апеляційний суд змінив рішення суду першої інстанції, фактично визнавши, що суд першої інстанції був зобов'язаний застосувати принцип розумності [66].

Вище зазначені судові приклади яскраво показують той факт, що завдяки нормам Закону України "Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань" суди мають можливість, застосувавши також принцип розумності та справедливості, зменшити неспіврозмірно високу суму нарахованої пені.

І зовсім інший характер має судова практика у справах, де однією із сторін є фізична особа. Так, Печерський районний суд м. Києва розглянувши у відкритому судовому засіданні в залі суду в м. Києві цивільну справу за позовом ОСОБА_1 до ПАТ «Банк «Фінанси та кредит» про визнання договору частково недійсним вирішив справу не на користь позивача.

Судом встановлено, що 14 серпня 2008 року між ПАТ «Банк «Фінанси та Кредит» та ОСОБА_1 був укладений кредитний договір № 19-21/08-С про надання позивачеві кредиту в сумі 3700 доларів США.

Відповідно до п. 6.1 вищевказаного Договору за прострочку повернення кредитних коштів та/або сплати процентів Позивач сплачує Відповідачу пеню із розрахунку 1% від простроченої суми за кожний день прострочення.

Суд зазначив, що посилання позивача на те, що вказаний пункт договору суперечить вимогам Закону України «Про захист прав споживачів» не можуть бути прийняті судом до уваги, оскільки застосування даного Закону до спорів, які виникають з кредитних правовідносин, можливе в тому разі, якщо предметом і підставою позову є питання надання інформації споживачеві про умови отримання кредиту, типи процентної ставки, валютні ризики, процедура виконання договору тощо, які передують укладенню договору. Після укладення договору між сторонами виникають кредитні правовідносини, тому до спорів щодо виконання цього договору зазначений Закон не може застосовуватись, а застосуванню підлягає спеціальне законодавство, що регулює кредитні правовідносини.

Крім того, положення Закону України «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань» також не можуть бути застосовані до спірних правовідносин, оскільки відповідно до преамбули даного Закону, цей Закон регулює договірні правовідносини між платниками та одержувачами грошових коштів щодо відповідальності за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань. Суб'єктами зазначених правовідносин є підприємства, установи та організації незалежно від форм власності та господарювання, а також фізичні особи - суб'єкти підприємницької діяльності. Дія цього Закону не поширюється на порядок нарахування та сплати пені, штрафних та фінансових санкцій за несвоєчасну сплату податків, податкового кредиту та інших платежів до бюджетів усіх рівнів і позабюджетних фондів, передбачених чинним законодавством України, а також на відносини, що стосуються відповідальності суб'єктів переказу грошей через платіжні системи.

Таким чином, суд постановив позовні вимоги ОСОБА_1 до ПАТ «Банк «Фінанси та кредит» про визнання договору частково недійсними залишити без задоволення [67].

З вище наведених прикладів судової практики вбачається порушення принципу захисту слабшої сторони. Адже при порівнянні можливостей і знань фізичної особи та юридичної особи саме фізична особа є слабшою. Саме її необхідно захищати у кредитних правовідносинах. Між тим характер Закону України "Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань" зовсім інший. Ним встановлено певні обмеження щодо відповідальності юридичних осіб перед банками. І разом з тим дозволено банкам встановлювати достатньо жорсткі заходи щодо відповідальності фізичних осіб.

Тому пропонуємо внести зміни до вище згаданого Закону. Зміни необхідно внести саме до преамбули даного Закону, якою саме встановлюється сфера дії цього Закону. У відповідності з преамбулою Закон регулює договірні правовідносини між платниками та одержувачами грошових коштів щодо відповідальності за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань. Суб'єктами зазначених правовідносин є підприємства, установи та організації незалежно від форм власності та господарювання, а також фізичні особи - суб'єкти підприємницької діяльності. Формулювання "підприємства, установи та організації незалежно від форм власності та господарювання, а також фізичні особи - суб'єкти підприємницької діяльності" необхідно замінити в такий спосіб, щоб дія Закону поширювалась на всі без виключення договірні правовідносини, особливо, ті, де бере участь фізична особа, як слабша сторона правовідношення.

Відповідно до ЦКУ учасниками цивільних відносин є фізичні особи та юридичні особи. Учасниками цивільних відносин є: держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права (ст. 2 ЦКУ). Тому у відповідних змінах варто використовувати саме термін "учасники цивільних правовідносин".

Крім того, дещо дискримінаційний характер має саме поняття грошових зобов'язань. Так, справді, в теорії цивільного права має місце класифікація зобов'язань на грошові і не грошові, але на законодавчому рівні така класифікація відсутня. ЦК України містить розділ III, який має назву «Окремі види зобов'язань» і в цьому розділі грошові зобов'язання не визначені як окремий вид зобов'язань.

Постановою Пленуму ВГС України № 14 від 17.12.2013 «Про деякі питання практики застосування законодавства про відповідальність за порушення грошових зобов'язань» визначено, що грошовим слід вважати будь-яке зобов'язання, що складається в тому числі з правовідношення, в якому праву кредитора вимагати від боржника виконання певних дій кореспондує обов'язок боржника сплатити гроші на користь кредитора. Зокрема, грошовим зобов'язанням є правовідношення, в якому одна сторона зобов'язана оплатити поставлену продукцію, виконану роботу чи надану послугу в грошах, а друга сторона вправі вимагати від першої відповідної оплати, тобто в якому передбачено передачу грошей як предмета договору або сплату їх як ціни договору.

Грошове зобов'язання виражається в грошових одиницях України або в грошовому еквіваленті в іноземній валюті. Якщо зобов'язання виражене в банківському металі, то відповідне правовідношення не є грошовим зобов'язанням, і до нього не застосовуються норми про відповідальність за порушення такого зобов'язання.

На думку ВСУ не є грошовими зобов'язання, в яких грошові знаки використовуються не як засіб погашення грошового боргу, а виконують роль товару: зобов'язання передачі грошей, що впливають з угод обміну валюти, опціону, купівлі-продажу монет і банкнот, зобов'язання повернути грошові знаки, які перебували на зберіганні, передати перевізником банкноти за договором перевезення та ін. З огляду на це положення ст.625 ЦК не застосовуються до зазначених відносин [152].

Іншим прикладом, коли зобов'язання може не містити свого грошового еквіваленту є договір міни. За договором міни сторони обмінюються товаром, але пеня за прострочення передачі певної речі однією із сторін може бути встановлена від вартості даної речі.

Тож фактично Закон використовує формулювання, які не мають свого легального (офіційного) визначення. Внаслідок цього з'являється неоднозначне, а часто протилежне, трактування поняття "грошових зобов'язань" як в теорії, так і в судовій практиці.

Пеня як форма відповідальності повинна виконувати превентивну функцію захисту інтересів учасників цивільного обороту, а не перетворюватися на засіб швидкого збагачення (наприклад, в ситуації, коли банки стягують розмір пені, який в декілька разів перевищує суму основного боргу). На нашу думку, дія розглядуваного Закону повинна поширюватися на всі без виключення цивільно-правові зобов'язання. Таким чином, пропонуємо викласти перше речення преамбули в такій редакції: "Цей Закон регулює договірні правовідносини між платниками та одержувачами грошових коштів щодо відповідальності за несвоєчасне виконання зобов'язань. Суб'єктами зазначених правовідносин є всі учасники цивільних правовідносин".

2.2. Обмеження договірної свободи в окремих видах договорів

Обмеження свободи сторін обирати вид договору, як правило, витікають із природи відносин, що регламентуються відповідними договорами, та їхнього суб'єктного складу. Серед договорів, передбачених ЦК України, є наявними як договори, в яких роль обмежень договірної свободи не є сильно вираженими (наприклад, агентський договір, договір комісії) [29, с. 28], так і договори, до яких законодавством встановлюються певні імперативні вимоги. Зокрема, фінансовим агентом за договором факторингу може бути лише спеціалізована організація, укладати договір банківського вкладу можуть лише банки, страхувальниками за договорами страхування можуть бути лише страхові

організації, гарантом, як учасником договору банківської гарантії, може бути банк або інша фінансова установа, кредитором за кредитним договором, що виконується за рахунок так званих залучених коштів може бути лише кредитна організація. Укладення зазначених договорів неналежними суб'єктами є де-юре неможливим, а у випадку їх укладення будуть нікчемними.

Розглянемо деякі обмеження договірної свободи за окремими договірними конструкціями. Обмеження договору можливе у зв'язку з обранням специфічних договірних конструкцій. До таких відносяться публічний договір, споживчий договір, типовий договір, зовнішньоекономічний договір тощо.

Публічний договір. Публічному договору властиві договірні обмеження. Останні проявляються у можливості вільного вступу сторін в договірні зв'язки, виборі контрагента та визначенні його умов.

Відповідно до ч.1 ст. 633 ЦК України, публічним є договір, в якому одна сторона - підприємець взяла на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до неї звернеться (роздрібна торгівля, перевезення транспортом загального користування, послуги зв'язку, медичне, готельне, банківське обслуговування тощо). Як зазначає В.В. Луць до обмежень властивих саме публічним договорам відносяться: по-перше, визначеність кола суб'єктів: ними, з одного боку, є особи (підприємці), що у встановленому порядку здійснюють підприємницьку діяльність, а з другого, всякий і кожний, хто до них звернеться для задоволення своїх потреб у товарах чи послугах; по-друге, умови публічного договору встановлюються однаковими для всіх споживачів, крім тих, кому за законом надані відповідні пільги; по-третє, підприємець не повинен надавати перевагу одному споживачеві перед іншим щодо укладення публічного договору, якщо інше не встановлено законом [101, с. 57].

У сучасній юридичній літературі називаються наступні чотири ознаки, які характеризують публічний договір. Це виключення дії принципу свободи договору для домінуючої сторони при виборі контрагента та права вирішувати питання про укладення або про не укладення договору; заборону на надання

переваги одній особі перед іншим, при укладенні договору; право споживача на звернення до суду з позовом про спонукання до укладення договору та про вирішення розбіжностей за окремими умовами договору незалежно від згоди на це «комерційної організації»; укладення договору на однакових для всіх споживачів ціною і інших умовах, якщо тільки законом і іншими правовими актами спеціально не передбачені пільги для окремих споживачів [185, с. 132].

Основний висновок з оцінки тексту ст. 633 ЦК України полягає в тому, що ст. 633 ЦК України містить обмеження свободи договору для підприємця, що продає товар, виконує роботи або надає послуги. Такий підприємець не вправі встановлювати дискримінаційні правила переваги (одним особам перед іншими), тобто вибирати на свій розсуд собі контрагента по договору, не вправі встановлювати ціну товарів, робіт, послуг, різну для окремих категорій споживачів, тобто позбавлений свободи відносно визначення для них не однакових умов договору. За наявності можливості надати споживачеві товари, послуги, виконати для нього роботи підприємець не має права відмовити споживачу в укладенні публічного договору, у противному випадку споживач має право на звернення до суду з вимогою про відшкодування збитків [58, с. 432].

На практиці свобода договору дає можливість створювати і використовувати нові моделі договорів, які законодавчо не врегульовані. Але свобода договору не є безмежною, оскільки відсутність обмежуючих правових механізмів та абсолютна свобода може спричинити порушення прав, свобод та інтересів суб'єктів цивільного права, призвести до зловживання правами. Тому з метою захисту прав і законних інтересів певних категорій суб'єктів цивільного права законодавець установив для певного кола договорів режим публічності, що, у свою чергу, призвело до встановлення в ЦК України окремих правил щодо укладення та виконання договорів на певних умовах, визначених державою і спрямованих на захист прав та інтересів громадян-споживачів, які є більш слабкою та вразливою з економічної точки зору стороною договорів із суб'єктами підприємництва.

На думку Ю.Л. Єршова конструкція публічного договору - це один із випадків максимального обмеження договірної свободи [62, с. 130]. В свою чергу М.І. Брагінський доводить, що «режим «публічних договорів» прямо протилежний режиму «свободи договорів», найбільш повно виражаючий приватно-правові начала....» [26, с. 153]. Публічні договори виражають процес втручання держави в приватно-правові відносини з ціллю забезпечити інтереси більш слабкої сторони в договорі. Крім того, регламентація публічного договору переслідує ціль забезпечення вільної конкуренції і обмеження монополістичної тенденції в економіці [86, с. 147]. Тому держава з метою захисту інтересів споживача може втручатися в їх приватні справи, тим самим закріплюючи норми, які б регулювали відносини сторін захищаючи позиції не того, хто пропонує товари, роботи й послуги, а його контрагента, що потребує товарів, робіт і послуг та звертається за ними до комерційних організацій.

Разом з тим влучно зазначив В.І.Дрішлюк, що неправомірне обмеження свободи договору шляхом використання правил про публічний договір може створити ситуацію, коли принцип свободи договору для комерційних відносин у будь-якій підприємницькій діяльності буде тільки декларацією на папері [61, с. 4].

Особливості обмеження свободи договору в публічному договорі проявляються в тому, що:

1. Одна із сторін договірних правовідношення позбавлена можливості самостійно визначати укладати чи не укладати договір. Приймавши рішення про продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до нього звернеться, надалі цей суб'єкт не має права відмовитись від укладення договору за наявності у нього можливостей надати товари (роботу, послуги).

2. Після встановлення умов вже не можна їх змінювати відносно кожного суб'єкта. Вони мають бути однаковими для всіх наступних контрагентів.

3. Крім того, актами цивільного законодавства можуть бути встановлені правила, обов'язкові для сторін при укладенні й виконанні публічного

договору, тобто визначення договірних умов додатково обмежується приписами законодавства (ч. 5 ст. 633 ЦК України).

Єдиною підставою, за наявності якої такий підприємець має право відмовитися від укладення зі своїм контрагентом публічного договору, є відсутність у нього можливості надання останньому відповідних товарів (робіт, послуг). При цьому відмова від укладення публічного договору буде вважатися обґрунтованою лише в тому разі, якщо підприємець доведе, що він не мав реальної можливості задовольнити вимоги іншої сторони. Якщо ж підприємець не доведе, що він не мав реальної можливості надати контрагенту відповідні товари (роботи, послуги), суд може визнати відмову від укладення публічного договору необґрунтованою. В цьому випадку інша сторона має право вимагати не тільки укладення публічного договору, але й відшкодування збитків, завданих йому такою відмовою [45, с. 79]. Тому саме приписи законодавства в даному випадку виступають тим обмежувачем свободи у даному договорі.

Договір приєднання. Обмеження принципу свободи договору ми зустрічаємо і у договорі приєднання – договорі, умови якого встановлені однією із сторін у формулярах або інших стандартних формах, який може бути укладений лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору в цілому (ч. 1 ст. 634 ЦК України). У науковій літературі наводяться такі ознаки договору приєднання, як: його умови визначаються тільки однією із сторін; узгодженню сторонами вони не підлягають; визначаються у формулярах або інших стандартних формах; приймаються іншою стороною шляхом приєднання до запропонованого договору в цілому [131, с. 131]. Щоправда, досліджуючи даний договір, приходимо до висновку, що такі обмеження властиві здебільшого саме тій стороні, яка виступає слабшою у такому договірному зв'язку. Проявляються останні в обмеженні вільного волевиявлення особи щодо вступу в договірні відносини чи відмови від укладення договору, визначенні умов договору тощо.

Однак, Н.І. Клейн вважає, що договором приєднання не порушується принцип свободи договору, так як на розсуд сторони яка приєдналася

залишається прийнятним рішення: укласти договір чи ні [83, с. 820]. Проте з такою позицією науковця не можливо погодитися, адже принцип свободи договору проявляється не лише у волі сторін укласти договір чи відмовитися від його укладення, але й у можливості вибору контрагента, його виду та умов. Усі складові договірної зв'язку мають важливе значення, адже укласти договір без однієї із сказаних елементів неможливо.

Із визначення договору приєднання, яке подано у ст. 634 ЦК України випливає, що сторона вправі самостійно вирішувати приєднуватися їй до запропонованого договору в цілому чи відмовитися від такого приєднання. Здавалося б така сторона володіє абсолютною договірною свободою і має можливість вибору контрагента із числа тих, хто пропонує потрібні послуги (виконує роботи, продає товар тощо).

Однак, в деяких випадках особа позбавляється можливості обрати контрагента, оскільки це може бути організація – монополіст або/та єдиний суб'єкт договірних відносин, який надає товари, роботи, послуги в конкретній місцевості. В такому разі сторона-споживач обмежується у договірній свободі щодо можливості вибору контрагента та предмета, з приводу якого передбачається укладення договору, або вступаючи в договірний зв'язок виступає слабкою стороною в порівнянні з монополістом. Наприклад, у договорі енерго-, водо-, тепло-, газопостачання організацією, яка здійснює відповідну поставку, являється монополіст, який займає домінуюче положення на ринку. Тому Законом України "Про ціни та ціноутворення" [174] від 21.06.2012 р. в договірних відносинах застосовуються ціни (тарифи, ставки тощо), які встановлюються або регулюються уповноваженими на те органами державної влади або місцевого самоврядування.

Зважаючи на часто монопольне становище однієї із сторін у договорі енерго-, водо-, тепло-, газопостачання, Законом України "Про житлово-комунальні послуги" [148] визначено перелік умов, які відносяться до істотних. Фактично, здавалося б на перший погляд, такий імперативний перелік деякою мірою обмежує договірну свободу сторін. Хоча, як вірно зазначає Р.М.Гейнц,

не всі із зазначених у законі умов все ж таки відносяться до істотних. Істотними умовами договору про надання комунальних послуг залишаються лише: 1) умова про предмет, тобто вичерпний перелік комунальних послуг, які послугонадавач зобов'язується надавати споживачеві; 2) ціна послуги, яка буде включати в себе розмір та порядок оплати наданих послуг; 3) строк надання послуг [41, с.79].

Справжнє обмеження свободи договору у договорі постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу полягає в тому, що відсутня конкуренція, контрагент позбавляється можливості обирати для себе сторону договору або відмовитися від приєднання до запропонованого договору із стандартними умовами. Тому там, де слабша сторона обмежується у виборі контрагента, одночасно обмежується її можливість виявляти свою волю щодо вступу у певний договірний зв'язок. У випадку необґрунтованого ухилення підприємства від укладення договору приєднання зацікавлена особа, права якої порушено, вправі звернутися з позовом до суду, який може зобов'язати таку організацію укласти договір.

Наведемо приклад із судової практики. У Маловисківському районному суді розглядалася у відкритому судовому засіданні в м. Мала Виска справа за позовом ОСОБА_2 до Маловисківської філії ВАТ “Кіровоградобленерго” про зобов'язання вчинення певних дій. Суть справи полягає у тому, що 20.08.2009 року позивач звернувся до суду з вказаним позовом посиляючись на те, що в 2008 році купив житловий будинок, який розташований в АДРЕСА_1. 29.07.2009 року звернувся до відповідача з заявою про підключення вказаного будинку до електропостачання та укладення договору про користування електричною енергією, однак отримав відмову. Позивач просить зобов'язати відповідача укласти договір користування електричною енергією та підключити до енергопостачання вказаний будинок. Відповідно до “Правил користування електричною енергією для населення” затвердженою Постановою Кабінетом Міністрів України від 26.07.1999 року № 1357 об'єктом споживача є житловий будинок, що належить споживачу на правах власності або користування,

енергопостачальники, що здійснюють постачання електричної енергії, на закріпленій території, не мають права відмовити споживачу, об'єкти якого розташовані на цій території, в укладенні договору про користування електричною енергією. Суд вважає, що позов підлягає задоволенню. Таким чином, Маловисківський РЕМ ВАТ “Кіровоградобленерго” зобов’язаний укласти з ОСОБА_2 договір про користування електричною енергією та підключити до енергопостачання житловий будинок за адресою АДРЕСА_1 [64].

Оскільки в договорах приєднання друга сторона не може пропонувати свої умови, то порушується баланс інтересів. Наприклад, юридична особа, що надає послуги не вказала у формулярі договору прав клієнта на односторонню відмову від розірвання договору про надання послуг, наявність у такому формулярі умов, що пом’якшують відповідальність виконавця чи посилюють відповідальність замовника за невиконання чи неналежне виконання обов’язків тощо [20, с. 176]. Саме тому сторона, що приєднується, повинна мати законодавчі гарантії своїх інтересів при укладенні договору приєднання. Однією з таких гарантій є передбачена ч.2 ст. 634 ЦК України правова норма про те, що договір приєднання може бути змінений або розірваний на вимогу сторони, яка приєдналася, якщо вона позбавляється прав, які звичайно мала, а також, якщо договір виключає чи обмежує відповідальність другої сторони за порушення зобов’язання або містить інші умови, явно обтяжливі для сторони, яка приєдналася. Оцінювальне поняття «явно обтяжливі умови» позбавляє конкретності наведену правову норму. Доводити явно обтяжливий характер має сторона, яка приєднується. Сторона, яка приєдналася, має довести, що вона, виходячи із своїх інтересів, не прийняла б цих умов за наявності у неї можливості брати участь у визначенні умов договору. На думку О. Яворської, у випадках, якщо договір виключає чи обмежує відповідальність сторони, що пропонує договір приєднання, то в цій частині договір мав би визнаватися нікчемним [222, с. 94].

Таким чином, згадану норму можна тлумачити як часткове розширення меж договірної свободи. Для нормального функціонування економіки одностороннє розірвання договору можливе лише у випадках передбачених або у законі, або у договорі.

Договір споживчого кредиту. Договори про надання споживчого кредиту є досить поширеними в банківській практиці. В цій нормі проявляється особлива роль принципу обмеження договірної свободи.

Специфіка кредитних відносин полягає в тому, що умови кредитного договору, як правило, розробляються кредитором, як більш професійно та юридично підготовленою стороною, що надає йому потенційну можливість забезпечити відповідну перевагу над позичальником, порушуючи принцип рівності сторін, передбачуючи в кредитному договорі додаткові обов'язки позичальника, або/та занижуючи обсяг власних обов'язків. Позичальник при цьому, у переважній більшості випадків, фактично майже не впливає на зміст кредитного договору. Слід навести слова КСУ, який у своєму рішенні від 10.11.2011 р. у справі № 15-рп/2011 [180] (справа про захист прав споживачів кредитних послуг) зазначив, що споживачу, як правило, об'єктивно бракує знань, необхідних для здійснення правильного вибору товарів (робіт, послуг) із запропонованих на ринку, а також для оцінки договорів щодо їх придбання, які нерідко мають вид формуляра або іншу стандартну форму (ч. 1 ст. 634 ЦК України).

До відносин за кредитним договором застосовуються відповідні положення Цивільного кодексу України (далі – ЦК України). Згідно з ч.2 ст.627 ЦК України у договорах за участю фізичної особи – споживача враховуються вимоги законодавства про захист прав споживачів. Конкретизуючи вказану норму, ч.3 ст.1054 ЦК України визначено, що особливості регулювання відносин за договором про надання споживчого кредиту встановлені законом, яким є Закон України «Про захист прав споживачів».

Судова практика склалася неоднозначна щодо цієї норми. В одних випадках ВСУ наголошував, що норми Закону України "Про захист прав

споживачів" застосовуються до спорів, які виникли з кредитних правовідносин лише на стадії укладення кредитного договору, а до спорів про виконання договору застосовуються норми ЦК України та іншого спеціального законодавства (ухвала від 15.12.2010 року у справі 6-16413св10 за позовом Особа-6 до ПАТ "ОТП Банк" про захист прав споживача, розірвання кредитного договору та визнання недійсним договору іпотеки). В інших випадках ВСУ застосовував норми вказаного Закону до спірних правовідносин сторін, що виникли саме на стадії виконання кредитного договору, наприклад, в ухвалі від 22.12.2010 року у справі за позовом Особа-7 до ПАТ "БАБ ВіАйБі Банк" про визнання кредитного договору частково недійсним, визнання додаткової угоди недійсною, погодившись з висновком апеляційного суду про те, що спірний пункт кредитного договору є таким, що порушує права позивача, і тому має бути визнаний недійсним на підставі ст. 18 Закону України "Про захист прав споживачів" [24].

Фактично питання полягало в тому, наскільки обмежуючу силу має ст. 11 Закону України "Про захист прав споживачів". ВСУ посилався на ст. 11 Закону, за приписами якої договір про надання споживчого кредиту укладається між кредитором та споживачем, відповідно до якого кредитор надає кошти (споживчий кредит) або бере на себе зобов'язання надати їх споживачеві для придбання продукції у розмірі та на умовах, встановлених договором, а споживач зобов'язується повернути їх разом з нарахованими відсотками. На думку ВСУ, оскільки в Законі чітко врегульовано процедуру укладання договору, яка включає питання щодо надання інформації кредитором та споживачеві один про одного та щодо умов кредитування, а також встановлена відповідальність суб'єкта господарювання за ненадання такої інформації, відтак, дія Закону поширюється лише на правовідносини, що виникають на стадії укладення кредитного договору. Слід відзначити, що така позиція ВСУ є типовою в багатьох досить спірних питаннях, що стосуються кредитних правовідносин. ВСУ в такий спосіб намагається підтримати стабільність

банківської системи. Адже у протилежному випадку існувала б загроза масових позовів зі сторони споживачів.

Слід враховувати, що Конституційний Суд України у рішенні від 10.11.2011р. у справі № 15-рп/2011 (справа про захист прав споживачів кредитних послуг) зазначив, що дія Закону України «Про захист прав споживачів» поширюється на правовідносини між кредитором та позичальником (споживачем) за договором про надання споживчого кредиту, що виникають як під час укладення, так і виконання такого договору.

КСУ акцентував увагу на критерії добросовісності, справедливості, пропорційності та розумності, підтримання державою на засадах пропорційності розумного балансу між публічним інтересом, комерційними інтересами банків і охоронюваними правами та інтересами споживачів кредитних послуг, забезпечення особливого захисту саме прав споживача як більш "слабкого" учасника кредитних правовідносин, а також забезпечення фактичної, а не формальної рівності сторін. Конституційний Суд України послався також і на норми статті 11 Закону, на які посилався в своїх Узагальненнях і Верховний Суд України, але прийшов до зовсім протилежного висновку. Зокрема, Конституційний Суд України зазначив, що положення частин четвертої – одинадцятої статті 11 Закону передбачають деякі права позивача, які за своїм змістом можливо реалізувати лише під час виконання кредитного договору: відкликати згоду на укладення договору без пояснення причин, не бути примушеним на етапі виконання договору сплачувати незаконні платежі, достроково повернути кредит, не бути примушеним достроково повернути кредит у разі незначних порушень договору тощо. Відтак, положення пунктів 22, 23 статті 1, статті 11 Закону у взаємозв'язку зі статтею 42 Конституції України поширюються на правовідносини сторін кредитного договору не тільки під час укладання, як раніше наголошував Верховний Суд України, а й під час виконання такого договору.

Одним із проявів особливого захисту з боку держави до позичальника-споживача як більш «слабкої» сторони в договорі є застосування до договорів

про надання споживчого кредиту положень Закону України «Про захист прав споживачів» про несправедливі умови.

До договорів із споживачами про надання споживчого кредиту застосовуються положення про несправедливі умови в договорах, зокрема положення, згідно з якими:

1) для надання кредиту необхідно передати як забезпечення повну суму або частину суми кредиту чи використати її повністю або частково для покладення на депозит, або викупу цінних паперів, або інших фінансових інструментів, крім випадків, коли споживач одержує за таким депозитом, такими цінними паперами чи іншими фінансовими інструментами таку ж або більшу відсоткову ставку, як і ставка за його кредитом;

2) споживач зобов'язаний під час укладення договору укласти інший договір з кредитором або третьою особою, визначеною кредитором, крім випадків, коли укладення такого договору вимагається законодавством та/або коли витрати за таким договором прямо передбачені у складі сукупної вартості кредиту для споживача;

3) передбачаються зміни в будь-яких витратах за договором, крім відсоткової ставки;

4) встановлюються дискримінаційні стосовно споживача правила зміни відсоткової ставки (ч. 5 ст. 11 Закону).

Ст. 15 Закону містить чимало положень, якими зобов'язують продавця інформувати своїх контрагентів про умови споживчого договору. Продавець (виконавець), який реалізує продукцію, повинен обов'язково зазначати ціну кожної одиниці такої продукції або однієї категорії продукції та ціну однієї стандартної одиниці цієї продукції. Ціна продукції повинна включати в себе всі податки та неподаткові обов'язкові платежі, які відповідно до законодавства сплачуються споживачем під час придбання відповідної продукції (ч. 3 ст. 15 Закону). Крім того є відсилочна норма про те, що нормативно-правовими актами, в тому числі технічними регламентами, можуть бути встановлені додаткові вимоги до змісту інформації про продукцію (абз. 6 ч. 1 ст. 15 Закону).

Цікавою є практика Європейського Союзу. Споживач і фінансова установа перебувають не в рівному становищі. У зв'язку з цим у законодавстві ЄС передбачено тлумачення неоднозначних умов договору на користь споживача (ст. 5 Директиви Ради 93/13/ЄЕС від 05.04.1993 про несправедливі умови в договорах зі споживачами) [225]. Зважаючи на процес зближення з європейською спільнотою, доцільно в українському законодавстві запровадити норму, що в разі виникнення неоднозначного тлумачення прав і обов'язків за договором, такі права й обов'язки тлумачаться на користь споживача. Як слушно зауважує Ю.В.Вітка, така норма жодним чином не порушує конституційний принцип рівності, адже у ст. 24 Конституції України йдеться про рівність громадян перед законом, а не громадян і юридичних осіб [37, с.76].

Тому варто доповнити частину 2 ст. 633 ЦК України наступним положенням: ""У випадку виникнення неоднозначного тлумачення прав і обов'язків за договором, такі права й обов'язки тлумачаться на користь споживача".

Різний підхід щодо обмеження договірної свободи прослідковується у ставленні до того, що саме може бути предметом договору про надання споживчого кредиту. Зокрема загальноєвропейська практика стосовно віднесення кредитів на нерухомість до споживчих кредитів неоднозначна. Так, кредити на придбання нерухомості, забезпечені іпотекою чи іншим порівнянним забезпеченням, або кредити на ремонт, що перевищують 75 тис. євро, перебувають поза межами регулювання ст. 2 Директиви 2008/48/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 23.04.2008 про кредитні угоди для споживачів (*далі* — Директива 2008/48/ЄС) [226]. Однак останніми роками, з огляду на важливість іпотечних кредитів, Європейська Комісія здійснила детальний перегляд іпотечних ринків ЄС, що завершилося Білою книгою щодо інтеграції іпотечних ринків ЄС [227]. Єврокомісія також запровадила публічні консультації з метою посилення й поглиблення розуміння питань, пов'язаних із відповідальним кредитуванням та позичанням (як-от переддоговірна

інформація, консультування, оцінка кредитоспроможності, дострокове повернення кредиту та кредитні посередники).

Дещо аналогічна практика існує і в Україні. Вище вже було розглянуто один з найдискусійніших прикладів, а саме договорів фінансових послуг. З певною періодичністю судові інстанції розставляють акценти по-різному в цьому питанні. Тим самим звужують чи розширюють принцип свободи договору в цьому аспекті.

Останнім часом точаться дискусії щодо віднесення договорів перевезення пасажирів до категорії споживчих договорів тощо [146, с. 14; 184, с. 60].

З останніх наукових досліджень варто також згадати працю М.М. Гудими, яка аргументувала, що публічні договори, у яких стороною є фізична особа, і якій надається товар, робота чи послуга, є споживчими [52, с. 23].

Таким чином, поширення інституту споживчого договору є одним із правових інструментів завдяки яким законодавець розширює чи звужує дію принципу обмежень свободи договору.

Типовий договір. Відповідно до ч. 2 ст. 179 ГК України Кабінет Міністрів України, уповноважені ним або законом органи виконавчої влади можуть рекомендувати суб'єктам господарювання орієнтовні умови господарських договорів (примірні договори), а у визначених законом випадках - затверджувати типові договори. Типові договори також поширені і в правовідносинах виконання послуг із фізичними особами. Складність тлумачення типового договору, обсягу обмеження ним прав контрагентів за договором показує яскраво наступний приклад.

У липні 2011 року ТОВ «Ковальська-Житлосервіс» (далі – ТОВ «Ковальська-Житлосервіс») звернулось до суду з позовом до ОСОБА_1 про зобов'язання укласти договір про надання послуг за утримання будинку та прибудинкової території.

Свій позов обґрунтовувало тим, що ТОВ «Ковальська-Житлосервіс» є виконавцем житлово-комунальних послуг житлового будинку АДРЕСА_1, квартира НОМЕР_1 у якому з ІНФОРМАЦІЯ_1 належить на праві власності

ОСОБА_1. На її адресу було надіслано проект договору про надання послуг за утримання будинку та прибудинкової території, однак від його підпису відповідачка відмовилася, мотивуючи свою відмову невідповідністю договору нормам Закону України «Про житлово-комунальні послуги». Оскільки в процесі переговорів сторони не досягли згоди щодо умов договору, позивач просив на підставі ст. 20 Закону України «Про житлово-комунальні послуги» ухвалити рішення про зобов'язання ОСОБА_1 укласти договір.

Рішенням Голосіївського районного суду м. Києва від 11 жовтня 2011 року в задоволенні позовних вимог ТОВ «Ковальська-Житлосервіс» відмовлено.

Рішенням апеляційного суду м. Києва від 17 січня 2012 року рішення суду першої інстанції скасовано та ухвалено нове рішення, яким зобов'язано ОСОБА_1 укласти договір про надання послуг з утримання будинку та прибудинкової території з ТОВ «Ковальська-Житлосервіс» відповідно до типового договору, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 20 травня 2009 року № 529.

Ухвалою Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 9 квітня 2012 року касаційну скаргу ОСОБА_1 відхилено, рішення апеляційного суду м. Києва від 17 січня 2012 року залишено без змін.

У заяві про перегляд ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 9 квітня 2012 року ОСОБА_1 просить скасувати зазначену ухвалу касаційної інстанції та залишити в силі рішення Голосіївського районного суду м. Києва від 11 жовтня 2011 року, яким відмовлено в задоволенні позову ТОВ «Ковальська-Житлосервіс», посилаючись на неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права, зокрема: п. 1 ч. 3 ст. 20 Закону України «Про житлово-комунальні послуги», ст. ст. 16, 203 ЦК України, що, у свою чергу, потягло ухвалення різних за змістом судових рішень у подібних правовідносинах.

Перевіривши матеріали справи та наведені в заяві доводи, ВСУ з'ясував,

що заява підлягає частковому задоволенню з таких підстав.

Розкриваючи зміст засади свободи договору у ст. ст. 6, 627, ЦК України визначає, що свобода договору полягає в праві сторін вільно вирішувати питання при укладенні договору, виборі контрагентів та погодженні умов договору.

Закріпивши принцип свободи договору, ЦК України разом з тим визначив, що свобода договору не є безмежною, оскільки відповідно до абз. 2 ч. 3 ст. 6 та ст. 627 цього Кодексу при укладенні договору, виборі контрагентів, визначенні умов договору сторони не можуть діяти всупереч положенням цього Кодексу та інших актів цивільного законодавства.

Зазначені положення узгоджуються з нормами ч. 1 ст. 203, ч. 1 ст. 215 ЦК України, відповідно до яких підставою недійсності правочинів є суперечність їх актам цивільного законодавства.

Водночас ч. 1 ст. 19 Закону № 1875 – IV від 24 червня 2004 року передбачено, що відносини між учасниками договірних відносин у сфері житлово-комунальних послуг здійснюються виключно на договірних засадах.

Статті 20, 21 цього Закону визначають обов'язки споживача та виконавця житлово-комунальних послуг.

Пунктом 1 ч. 3 ст. 20 Закону передбачений обов'язок споживача укласти договір на надання житлово-комунальних послуг, підготовлений виконавцем на основі типового договору. Цей обов'язок відповідає зустрічному обов'язку виконавця, визначеному п. 3 ч. 2 ст. 21 цього Закону, підготувати та укласти зі споживачем договір на надання житлово-комунальних послуг з визначенням відповідальності за дотримання умов його виконання згідно з типовим договором.

Форма та зміст (умови) типового договору затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 20 травня 2009 року № 529 «Про затвердження типового договору про надання послуг з утримання будинків і споруд та прибудинкових територій» (далі – постанова № 529).

З аналізу змісту ч. 3 ст. 6, ч. 1 ст. 630 ЦК України, ст. ст. 19 – 21 Закону №

1875 – IV від 24 червня 2004 року, постанови № 529 убачається, що умови типового договору, що набули юридично обов'язкового значення в силу актів цивільного законодавства, є обов'язковими для сторін договору, які не мають права відступити від їх положень і врегулювати свої відносини на власний розсуд.

Таким чином, укладення договору на надання житлово-комунальних послуг є *обов'язком споживача за умови*, якщо запропонований виконавцем послуг договір відповідає типовому договору. Відмова споживача послуг від укладення договору в такому разі суперечить вимогам ч. 3 ст. 6, ст. ст. 627, 630 ЦК України та ст. ст. 19, 20 Закону № 1875 – IV від 24 червня 2004 року.

Тому ВСУ постановив ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 9 квітня 2012 року скасувати, направити справу на новий касаційний розгляд [68].

Вище зазначений приклад показує, наскільки неоднозначні позиції судів при тлумаченні правовідносин, що випливають з одного і того ж типового договору. В згаданому судовому рішенні зазначається, що з одного боку законодавчі норми про типовий договір встановлюють для споживачів послуг мінімально необхідний обов'язок щодо укладення договору та виконання певних дій за цим договором (вчасна оплата рахунків, непорушення строків щодо оплати і т.д.), а з іншої сторони для конкретно взятого надавача послуг встановлює обов'язок щодо відповідності його типового договору нормам і нормативам законодавства. Тому суть типового договору з позиції його впливу на обмеження свободи договору слід розкрити детальніше.

Під типовим договором розуміють затверджену компетентним органом письмову форму договору із заздалегідь визначеними умовами. Таким чином, як зазначає С.А. Верб, типовий договір становить нормативний акт, у якому правила поведінки виражені у формі умов відповідного цивільно-правового договору [33, с. 146-147].

Існують і протилежні думки. Є.І. Терніков вважає, що норма про використання типового договору є диспозитивною, а отже, його використання

проводиться за волею сторін, вираженою у цивільному договорі [198, с. 256]. На думку С.М. Бєрвєно, якщо уповноваженим органом, який затвердив типовий, примірний чи зразковий договір не застережено про обов'язковий чи рекомендаційний характер дії їх умов, то має діяти презумпція необов'язковості умов цих договорів для сторін, що укладають відповідний договір [15, с. 257].

Питання обов'язковості дотримання умов типових договорів ускладнюється при врахуванні змісту ч. 4 ст. 179 ГК України: "При укладенні господарських договорів сторони можуть визначати зміст договору на основі типового договору, затвердженого Кабінетом Міністрів України, чи у випадках, передбачених законом, іншим органом державної влади, коли сторони не можуть відступати від змісту типового договору, але мають право конкретизувати його умови".

Виходячи зі змісту вище зазначених положень законодавства, видається, що типові договори виступають обмежувачами свободи при укладенні господарських договорів. Але вони не є обов'язковими при визначенні змісту цивільно-правового договору. Тобто сторони договору не зв'язані положеннями типових договорів, якщо тільки вони про це не зазначать в укладеному між ним договорі.

В контексті аналізу типових договорів важливо з'ясувати значення типових умов договору, про які йдеться в ЦК України. Так, в ст. 630 ЦК України зазначається про те, що договором може бути встановлено, що його окремі умови визначаються відповідно до типових умов договорів певного виду, оприлюднених у встановленому порядку. Якщо у договорі не міститься посилання на типові умови, то вони можуть застосовуватися як звичай ділового обороту. Про типові умови договорів також зазначається в ст.ст. 637, 787 та 1111 ЦК України.

Договір прокату є договором приєднання. Наймодавець може встановлювати типові умови договору прокату. Типові умови договору прокату не можуть порушувати прав наймачів, встановлених законом (ч. 2 ст. 787 ЦК України).

З аналізу змісту п. 1 ч. 2 ст. 787 ЦК України В.О.Горєв доходить висновку, що типові умови договору розробляє одна з його майбутніх сторін. Зовні вони виражаються у вигляді проформ. В такому випадку типові умови договору не були б обмеженнями договірної свободи [45, с. 154].

Але змушені поставити під сумнів вище зазначену думку вченого. При аналізі вчений не врахував ч. 1 ст. 630: "Договором може бути встановлено, що його окремі умови визначаються відповідно до типових умов договорів певного виду, оприлюднених у встановленому порядку". В згаданій нормі йдеться про офіційне опублікування і вона є відсилочною. Під оприлюдненням розуміється офіційне опублікування договору у відповідності до Указу Президента України "Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності" [167]. Слід погодитися з автором, що виникає певний конфлікт між ч. 1 ст. 630 ЦК України (в якій йдеться про затвердження типових умов уповноваженими органами влади) та ч. 2 ст. 787 ЦК України (з якої випливає, що типові умови договору затверджуються наймодавцем - суб'єктом приватного права). Але є не зрозумілим, чому автор при здійсненні свого наукового аналізу надав перевагу спеціальній нормі у порівнянні із загальною. Адже загальна норма поширює свою дію на всі види договорів.

Крім того, на тотожність "типових договорів" і "типових умов договорів" наводить ч. 2 ст. 637 ЦК України, відповідно до якої у разі тлумачення умов договору можуть враховуватися також типові умови (типові договори), навіть якщо в договорі немає посилання на ці умови. Варто звернути увагу на те, що слова "типові умови" та "типові договори" тут трактуються як синоніми.

Тому приходимо до протилежного висновку. Типові умови договорів затверджуються уповноваженими органами державної влади. Вони є обов'язковими для сторін договору обмежувачами договірної свободи, але лише у випадку, коли сторони погодили застосування положень типових договорів до своїх договірних відносин.

Стосовно імперативності дотримання типових умов у господарських договорах, то, вважаємо, таке обмеження договірної свободи виправданим.

Найбільш яскравими прикладами типових договорів є договори, які стосуються оренди державного чи комунального майна (Наказ Фонду державного майна України №457 від 19.04.96 "Про затвердження Типового договору оренди державного майна") [156], оренди землі (Постанова КМУ №220 від 3 березня 2004 р. "Про затвердження Типового договору оренди землі") [157]. Як правило, укладення типових договорів вимагається там, де є небезпека зловживання зі сторони суб'єктів договірних відносин (заниження вартості майна, зміна цільового використання об'єкту, що становить предмет договору, тощо).

Зважаючи на те, що типові умови договору встановлюються уповноваженими органами державної влади, вважаємо, що формулювання ч. 2 ст. 787 ЦК України слід змінити, щоб уникнути непорозумінь. Слова "типові умови договору" слід замінити на "правила". Таким чином, це дасть змогу диференціювати типові умови договорів, що затверджуються уповноваженими органами державної влади та типові умови договорів, які на даний час можуть затверджуватися наймодавцями. Тому вважаємо ч. 2 ст. 787 ЦК України потрібно викласти в такій редакції: "Договір прокату є договором приєднання. Наймодавець може встановлювати правила договору прокату. Правила договору прокату не можуть порушувати прав наймачів, встановлених законом".

Певного уточнення потребує також ч. 2 ст. 207 ГК України, відповідно до якої нікчемними визнаються, зокрема, такі умови типових договорів і договорів приєднання, що: 1) виключають або обмежують відповідальність виробника продукції, виконавця робіт (послуг) або взагалі не покладають на зобов'язану сторону певних обов'язків; ... "

Але ж під типовими умовами договору розуміються положення підзаконних нормативно-правових документів, які розкривають зміст типового договору. Якщо типові умови договору - це положення норм права, то вони не можуть визнаватися нікчемними. Нікчемними можуть бути визнані умови договорів, які укладені на підставі типових умов договорів. А тому речення 2

частини 2 ст. 207 ГК України потребує редагування. Пропонуємо викласти його в такій редакції: нікчемними визнаються, зокрема, такі умови договорів приєднання і договорів, укладених на основі типових договорів, що: 1) виключають або обмежують відповідальність виробника продукції, виконавця робіт (послуг) або взагалі не покладають на зобов'язану сторону певних обов'язків; ... ".

Попередній договір. Із принципом свободи договору тісно пов'язана можливість укладання учасниками цивільних правовідносин попередніх договорів. Адже таке укладання є своєрідним обмеженням свободи діяльності, яке, щоправда, впроваджується власне за взаємної згоди. Як влучно зауважує І.В.Мироненко, зобов'язання сторін є зустрічними і існують одне заради іншого [111, с. 183].

Згідно ст. 636 ЦК України попереднім є договір, сторони якого зобов'язуються протягом певного строку (у певний термін) укласти договір в майбутньому (основний договір) на умовах, встановлених попереднім договором. Сторона, яка необґрунтовано ухиляється від укладення договору, передбаченого попереднім договором, повинна відшкодувати другій стороні збитки, завдані простроченням, якщо інше не встановлено попереднім договором або актами цивільного законодавства. Т.В. Татарникова висловлює думку, що при укладенні попереднього договору не може йтися про обмеження договірної свободи, адже сторона на власний розсуд вирішує питання, вступати чи не вступати в попередній договір, а зобов'язання у відношенні майбутнього договору виникає лише з її волі і заснована на добровільному акті [196, с. 9].

З такою думкою не можемо погодитися, оскільки, як було доведено в першому розділі, обмеження договірної свободи може встановлюватися в договорі самими сторонами договірного правовідношення. І попередній договір є одним із найяскравіших прикладів таких договірних обмежень.

Як зазначає О.М. Клименко, до посвідчення основного договору існує істотне і, як правило, взаємне і рівнозначне обмеження їх свободи, оскільки зміна умов попереднього договору перед посвідченням основного договору

можлива лише при згоді на це всіх суб'єктів договору. Одночасно навіть один із суб'єктів вправі вимагати дотримання всіх узгоджених умов попереднього договору [84, с. 10]. Р.А. Лідовець відзначає, що при існуванні попереднього договору сторони обмежуються не лише у свободі моделювання договору, а й взагалі у вільному вияві волі на вступ у договірні відносини [97, с.57].

На думку А.В.Асаулюк, у попередньому договорі потрібно узгоджувати умови про предмет договору; строк (термін) укладення основного договору; умову про зобов'язання сторін ухилятися від дій щодо пошуку іншого контрагента; умову про підготовку документів для укладення основного договору; умову про час та нотаріуса, до якого сторони повинні звернутись у випадку відсутності повідомлень про бажання укласти основний договір, з метою встановлення наміру сторони до укладення основного договору, та про документ, який свідчитиме про такий намір; умову про відповідальність сторін; умову про забезпечення виконання зобов'язання укласти основний договір; умову про порядок внесення змін до попереднього договору [7]. Вважаємо, що такий надто розширений перелік умов, які необхідно узгодити для укладення попереднього договору, є надмірним. Це б свідчило про зарегульованість попереднього договору. Більш прийнятною видається думка Ю.Є. Скакун про те, що попередній договір вважається укладеним, якщо сторони узгодять такі умови: умову про предмет попереднього договору, яка полягає у зазначенні сторонами того, який саме договір має бути укладений; умову про строк (термін) укладення такого договору; умову про предмет основного договору [188, с. 9].

Загалом зміст обмежень в попередньому договорі зводиться до наступного:

1) *строк, на протязі якого укладається основний договір*. Частиною 1 ст. 635 ЦКУ встановлено, що законом може бути встановлено обмеження щодо строку (терміну), в який має бути укладений основний договір на підставі попереднього договору. Таке обмеження на даний час встановлено тільки щодо суб'єктів господарювання. Даний висновок впливає з того, що лише в ГК України встановлено, що сторони зобов'язуються укласти основний договір у

певний строк, але не пізніше одного року з моменту укладення попереднього договору (ч. 1 ст. 182 ГКУ).

2) *умови основного договору* (згідно ч. 2 ст. 182 ГКУ – істотні умови основного договору). Якщо такі умови не встановлені попереднім договором, вони погоджуються у порядку, встановленому сторонами у попередньому договорі, якщо такий порядок не встановлений актами цивільного законодавства (абз. 3 ч. 1 ст. 635 ЦКУ).

3) *форма попереднього договору*. Попередній договір укладається у формі, встановленій для основного договору, а якщо форма основного договору не встановлена, – у письмовій формі.

Таким чином, попередній договір має свою особливість у порівнянні з розглянутими вище договірними конструкціями. Вона полягає в тому, що попередній договір, як вид договору, сам по собі не є обмежувачем договірної свободи. Тобто використання одного із вище перерахованих типів договорів (публічний договір, споживчий договір, типовий договір тощо) обумовлювало застосування і врахування певних нормативно-правових актів. На відміну від них ст. 635 ЦК України попередній договір практично не містить відсилочних норм. Тобто правові обмеження містяться безпосередньо в змісті договору. Нагадаємо, що відповідно до ч. 1. ст. 635 ЦКУ, сторони попереднього договору зобов'язуються укласти основний договір на умовах, встановлених попереднім договором. Таким чином, зміст попереднього договору фактично складається з двох частин: 1) зобов'язання спрямовані на укладення основного договору; 2) безпосередньо умови основного договору. Саме останні і будуть становити зміст обмежень договірної свободи сторін. Тобто сторони при укладенні основного договору не можуть відійти від тих положень, які були обумовлені в попередньому договорі. А істотні умови основного договору, не встановлені попереднім договором, погоджуються у порядку, встановленому сторонами у попередньому договорі, якщо такий порядок не встановлений актами цивільного законодавства.

Попередній договір укладається у формі, встановленій для основного договору, а якщо форма основного договору не встановлена - у письмовій формі. Дана норма обмежує у договірній свободі контрагентів щодо визначення форми даного правочину. Адже сторони, укладаючи договір, предметом якого виступає нерухоме майно, зазвичай, бажають укласти попередній договір у простій письмовій формі.

Зовнішньоекономічний договір. До зовнішньоекономічного договору законодавець завжди ставив чимало вимог, які суттєво обмежували і обмежують договірну свободу сторін. І це логічно, адже має місце участь іноземних контрагентів (а відповідно і можливість застосування іноземного права), часто виникає необхідність захисту внутрішнього ринку.

Дефініції даного виду договору в ЦК України не міститься. Вона зазначена в спеціальному законодавстві.

Відповідно до абз. 8 ст. 1 Закону України "Про зовнішньоекономічну діяльність" під зовнішньоекономічним договором розуміється матеріально оформлена угода двох або більше суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та їх іноземних контрагентів, спрямована на встановлення, зміну або припинення їх взаємних прав та обов'язків у зовнішньоекономічній діяльності.

На думку А.П.Беляєвої, обмеження у сфері укладення та виконання зовнішньоекономічних контрактів зумовлені різноманітними причинами, які зводяться до трьох основних груп. Першу становлять причини економічного характеру, другу – причини соціального характеру, нарешті третю – причини політичного характеру, у зв'язку з якими законодавець встановлює чи санкціонує ті чи інші винятки з дії принципу свободи договору [18, с.54].

До зовнішньоекономічного контракту ставляться вимоги щодо порядку розрахунків, застереження про право, яким керуються сторони при виконанні договору, та ряд інших.

Прикладом таких обмежень є Постанова НБУ № 124 від 23 лютого 2015 року «Про особливості здійснення певних валютних операцій» [160], якою було обмежено можливість імпортерів здійснювати авансові платежі та заборонено

купувати іноземну валюту за рахунок кредитних коштів. 24 лютого 2015 року було прийнято постанову № 130 «Про внесення змін до деяких нормативно-правових актів Національного банку України», якою НБУ, зокрема, запровадив тимчасову (з 25 до 27 лютого включно) повну заборону банкам купувати іноземну валюту за дорученням клієнтів. Однак після одного дня дії заборону було скасовано Постановою №131 від 25 лютого 2015 року [149].

Обмеження, запроваджені Постановою № 124, діють з 24 лютого 2015 року та стосуються зовнішньоекономічних договорів, які задовольняють таким критеріям: за договором здійснюється імпорт товару (до поняття товару включаються продукція, послуги, роботи та права інтелектуальної власності); та розрахунок за товар повністю або частково здійснюється шляхом авансових платежів (попередньої оплати); та загальна вартість договору перевищує 50 000 доларів США або 500 000 доларів США (в залежності від порогу застосовуються різні обмеження).

Якщо загальна вартість договору перевищує 500 000 доларів, будь-який авансовий платіж за таким договором може здійснюватись виключно з використанням акредитиву, який підтверджено банком з інвестиційним рейтингом та відповідає певним додатковим вимогам, вказаним у постанові.

Вище зазначений підзаконний нормативно-правовий акт є яскравим прикладом обмежень, які встановлюються державними органами та впливають на порядок виконання зобов'язань за зовнішньоекономічними договорами.

Окремим видом обмежень договірної свободи є обмеження, що стосуються вибору правопорядку (права, що застосовується). Право вибору правопорядку певної держави обмежується рядом імперативних норм. Наприклад, сторони не можуть обрати право для регулювання питання правоздатності та дієздатності сторін, права власності, інших речових прав, оскільки право, яке має застосовуватись до даних правовідносин, імперативно визначене в законі.

Застосування права іноземної держави охоплює всі його норми, які регулюють відповідні правовідносини. Застосування норми права іноземної держави не може бути обмежене лише на тій підставі, що ця норма належить до

публічного права (ст. 6 Закону України "Про зовнішньоекономічну діяльність"). Відповідно до роз'яснення президії Вищого господарського суду України від 31.05.2002 №04-5/608 «Про деякі питання практики розгляду справ за участю іноземних підприємств і організацій» вибір сторонами українського права як такого, що регулює їх відносини за угодою, означає вибір саме національного законодавства України, а не окремих законодавчих актів, що регулюють відповідні відносини сторін (п.3.1) [182].

Суттєву роль в зовнішньоекономічних договорах відіграє принцип захисту публічного порядку (застереження про публічний порядок). Застереження про публічний порядок передбачає, що норми іноземного права не застосовуються, коли їх застосування призводить до наслідків, які суперечать основам правопорядку України (ст. 12 Закону України "Про міжнародне приватне право" [163].

Пленум Верховного Суду України у п.12 постанови «Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України» від 24 грудня 1999 р. визначив публічний порядок як правопорядок держави, визначальні принципи і засади, які становлять основу існуючого в ній ладу, тобто стосуються її незалежності, цілісності, самостійності й недоторканності, основних конституційних прав, свобод, гарантій тощо(п. 12) [169].

Обмеженням свободи договору є також положення законодавства про обхід закону як застереження щодо недобросовісного вибору права. Так, відповідно до ст. 10 Закону України "Про міжнародне приватне право" правочин та інші дії учасників приватноправових відносин, спрямовані на підпорядкування цих відносин праву іншому, ніж те, що визначається згідно із цим Законом, в обхід його положень, є нікчемними.

Особливість зовнішньоекономічного договору полягає в тому, що йому притаманні обмеження пов'язані із вибором контрагента по договору. Вони полягають в законодавчій забороні обирати в якості контрагентів договірному

зв'язку суб'єктів, що не володіють певними ознаками, або суб'єктів, щодо яких вжиті спеціальні санкції, або суб'єктів певної національної приналежності.

Свобода вибору форми зовнішньоекономічного контракту в цивільному законодавстві також достатньо відчутно обмежена вказівкою на те, що всякий зовнішньоекономічний договір має бути здійснений у письмовій формі. Тому свобода вибору його форми полягає лише в праві сторін обрати більш високу і захищену форму договору – письмову нотаріально посвідчену. Разом з тим міжнародні акти (зокрема, правила УНІДРУА, Конвенція про міжнародну торгівлю товарами) допускають можливість укладення зовнішньоекономічних договорів в усній формі. Тому, на думку деяких вчених, є підстави для постановки питання про допустимість закріплення в національному цивільному законодавстві України можливості укладення зовнішньоекономічних контрактів в усній формі [18, с.131]. Змушені не погодитися з такими пропозиціями. У разі допустимості усної форми в зовнішньоекономічних договорах це неминуче призведе до зловживань у сфері зовнішньоекономічної діяльності. Найбільш типовими прикладами таких є безпідставне завищення суми ПДВ для повернення, неповернення валютної виручки. Усна форма договору зробить ці порушення лише більш поширеними. Тому, вважаємо, що обмеження щодо форми договору є прийнятним і доцільним.

Договір за державним замовленням. Договір за державним замовленням також відноситься до групи договорів, де свобода сторін суттєво обмежена. Як зазначає Т.В. Боднар, волевиявлення сторін договору обмежується або і прямо формується законодавцем у випадках, коли йдеться про договори публічного характеру: власне публічні договори; договір поставки продукції для державних потреб, державний контракт (договір) на поставку матеріальних цінностей до державного резерву, договір (контракт) про виконання мобілізаційних завдань (замовлень), договір про закупівлю товарів, робіт, послуг за державні кошти, договір оренди державного або комунального майна [23, с. 122-123].

Свого часу існували випадки, коли закон зобов'язував укласти певні договори, наприклад, за державним замовленням, яке мають виконувати юридичні особи, засновані на державній власності, акціонерні товариства, контрольний пакет акцій яких належить державі, монополісти на відповідному ринку тощо (ч. 8 ст. 3 Закону України "Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб" - на сьогодні вже не діє). У положеннях Закону про здійснення державних закупівель у редакції 2014 року не закріплено положення про обов'язок у виконанні державного замовлення для суб'єктів права, заснованих повністю або частково на державній власності, а також щодо суб'єктів господарської діяльності України всіх форм власності - монополістів на відповідному ринку продукції, як це було прописано у положеннях не діючого нині Закону України "Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб").

Згідно чинного Закону України "Про публічні закупівлі" [171] укладення договору може здійснюватися шляхом застосування однієї з таких процедур:

- відкриті торги;
- конкурентний діалог;
- переговорна процедура закупівлі.

Іншим прикладом є встановлення обмежень щодо мови договору. Загалом ЦК України не встановлює жодних вимог щодо мови, якою викладається договір. Але у відповідності до ст. 15 Закону України "Про здійснення державних закупівель" під час проведення процедур закупівель усі документи, що готуються замовником, викладаються українською мовою, а також за рішенням замовника одночасно всі документи можуть мати автентичний переклад на іншу мову. Визначальним є текст, викладений українською мовою. Відповідне положення продубльоване і в Законі України «Про публічні закупівлі».

Законодавчим обмеженням свободи договору є також ч. 4 ст. 183 ГК України, відповідно до якої ухилення від укладення договору за державним замовленням є порушенням господарського законодавства і тягне за собою

відповідальність, передбачену ГК України та іншими законами України. Спори, пов'язані з укладенням договору за державним замовленням, у тому числі при ухиленні від укладення договору однієї або обох сторін, вирішуються в судовому порядку. Тобто закон прямо приписує суб'єкту обов'язковий порядок укладення договору. При цьому ухилення від укладення договору на підставі державного замовлення вважається порушенням господарського законодавства та є підставою господарсько-правової відповідальності і тягне (за собою) застосування господарських санкцій відповідно до ст. 218 ГК України [47, с. 335]. Наявність суттєвих, іноді надмірних або ж нелогічних обмежень договірної свободи має негативні наслідки в цивільному обороті. Як зазначає І.І.Банасевич, практика застосування норм Положення про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти показала, що складність і тривалість проведення тендерних процедур (до 60 днів) інколи призводить до зриву виробничого процесу, зниження прибутковості підприємства, збільшення інфляційного процесу, погіршення макроекономічних показників і зменшення податкових надходжень. Негативною була обов'язковість надання учасниками тендерного забезпечення та забезпечення виконання договору про закупівлю, що відволікає з господарського обороту фінансові ресурси [10, с. 88].

Обмеження засад вільного волевиявлення, свободи договору, юридичної рівності у процесі укладання цих договорів стосуються лише сторони суб'єкта публічного права (державного замовника) в рамках його компетенції (зокрема, щодо можливості державним замовником у виборі контрагента, яка обмежена законодавством спеціальними процедурами у вигляді проведення конкурсних торгів). Процес застосування адміністративного ресурсу спостерігається в момент формування основних показників державного замовлення, коли держава в особі Кабінету Міністрів України визначає і затверджує перелік державних замовників, обсяги та склад державного замовлення. Такі правила існують у межах адміністративних відносин і поширюються на посадових осіб певного замовника державного замовлення в момент підготовки до укладання державного контракту за результатами розміщення державного замовлення.

При цьому адміністративні приписи в державному замовленні є передумовою правового регулювання укладених на їх основі домовленостей сторін. Однак зазначені адміністративні обмеження та процедури стосуються виключно однієї сторони договору - суб'єкта публічного права (державного замовника).

Таким чином, окреслена договірна конструкція цивільного та господарського права України обумовлюється публічним інтересом. Принцип захисту публічних інтересів тут є більш пріоритетним у порівнянні з принципом свободи договору чи принципами диспозитивності та рівності сторін. А обмеження, які стосуються даної договірної конструкції перш за все стосуються державного замовника.

Окрім вище досліджених договірних конструкцій є й інші, для яких також характерним є суттєвіше у порівнянні з іншими обмеження свободи договору (договори на конкурсній основі, договори на користь третіх осіб, договори на аукціонах тощо). Серед особливостей переговорів при укладенні договорів на аукціонах І.І.Банасевич виділяє спільність вимог організаторів торгів до всіх без виключення учасників цих торгів [11, с.103]. Фактично така спільність вимог і є свого роду обмеженням договірної свободи. Організатори торгів не можуть пропонувати різним учасникам різний пакет умов.

Н.Г. Лукова, досліджуючи питання обмеження свободи вибору контрагента за договором, звернула увагу на те, що свобода вибору контрагента обмежується при укладанні договорів на конкурсній основі [99, с. 544]. Земельні торги проводяться у формі аукціону, за результатами проведення якого укладається договір купівлі-продажу, оренди, суперфіцію, емфітевзису земельної ділянки з учасником (переможцем) земельних торгів, який запропонував найвищу ціну за земельну ділянку, що продається, або найвищу плату за користування нею, зафіксовану в ході проведення земельних торгів. Обмеження свободи вибору контрагента у цьому випадку буде полягати у тому, що організатори земельних торгів будуть змушені укласти договір із тим учасником земельних торгів, який запропонує найвигіднішу ціну, і не зможуть керуватись іншими орієнтирами, крім грошового. У контексті сказаного слід

зазначити, що прийнявши рішення про відчуження земельної ділянки, якщо організатором торгів є орган державної влади чи місцевого самоврядування, то відповідні органи вже не можуть відмовитись від відчуження земельної ділянки, на відміну від приватних осіб [217, с. 236].

На думку Д. Євдокимова, приблизні (примірні) договори також обмежують договірну свободу учасників правовідношення. Приблизні договори (приблизні умови договорів) розглядаються та підлягають застосуванню як умови того чи іншого конкретного договору лише у випадку, коли у відповідному договорі передбачено, що окремі його умови регулюються тими чи іншими приблизними умовами, розробленими для договорів відповідного типу. В інших випадках приблизні умови підлягають субсидіарному застосуванню як звичай ділового обороту [63, с.53].

Обмеження договірної свободи проявляється також і в договорі на користь третьої особи. У договорі на користь третьої особи боржник є зобов'язаним перед визначеною або невизначеною договором третьою особою (ст. 636 ЦК). В деяких випадках обидві сторони такого договору не мають права розірвати або змінити його без згоди на це третьої особи. Свобода договору в такому випадку обмежується в інтересах третьої особи, а не суспільства чи однієї з сторін. Однак таке обмеження також відбувається за узгодженим волевиявленням сторін, які погоджуються на нього при укладенні відповідного договору на користь третьої особи. Тож мають місце договірні обмеження свободи договору.

2.3. Співвідношення обмежень договірної свободи з іншими правовими категоріями.

Важливе значення має співвідношення обмежень договірної свободи з іншими правовими категоріями таким як переважні права, обмежені речові прав, обтяження речових прав тощо.

Переважні права. Перш за все проаналізуємо співвідношення з переважними правами. Суть таких прав полягає у забезпеченні переваг при укладенні договору. Зокрема, у разі продажу частки у праві спільної часткової власності співвласник має переважне право перед іншими особами на її купівлю за ціною оголошеною для продажу, та на інших рівних умовах, крім випадку продажу з публічних торгів, або наймач, який належно виконує свої обов'язки за договором найму, після спливу строку договору має переважне право перед іншими особами на укладення договору найму на новий строк.

Виходячи з етимологічного значення терміна "переважне право", зазначене право у цивільних правовідносинах можна визначити як особливе, виняткове право, що надається певним учасникам зазначених правовідносин.

Про переважні права згадується в ряді правових норм цивільного законодавства.

В ст. 29 Закону України від 28 лютого 1995 р. "Про інформаційні агентства" [159] йдеться про переважні права інформаційних агентств на використання засобів комунікації; в ст. 60 Закону України від 21 травня 1997 р. "Про місцеве самоврядування в Україні" [164] - про право сільських, селищних, міських, районних (в місті) рад на переважне придбання у комунальну власність деяких об'єктів; ст. 10 Закону України від 24 грудня 1993 р. "Про Національний архівний фонд та архівні установи" [165] - про переважне право держави на купівлю документа Національного архівного фонду за ціною, оголошеною для продажу тощо.

Дане право існує не лише при укладенні договорів купівлі-продажу, а й договорів оренди (гл. 58 ЦК України), комерційної концесії (гл. 76 ЦК України).

Свобода вибору контрагента за договором у земельному праві може обмежуватись встановленим на неї переважним правом купівлі. У разі встановлення переважного права купівлі в однієї особи виникає пріоритет над іншими щодо придбання земельної ділянки, а це означає, що особа, яка бажає

продати її, обмежується у виборі контрагента обов'язком продати цю земельну ділянку особі, яка наділена переважним правом.

Цікавою особливістю переважного права купівлі земельної ділянки в деяких ситуаціях є те, що воно надане фактично невизначеному колу суб'єктів. Зокрема, ч. 2 ст. 130 Земельного кодексу України встановлює, що переважне право купівлі земельних ділянок сільськогосподарського призначення мають громадяни України, які постійно проживають на території відповідної місцевої ради, де здійснюється продаж земельної ділянки, а також відповідні органи місцевого самоврядування.

Наукове розуміння переважних прав не є однозначним.

В.П. Грибанов визначає їх як «такі, коли за всіх інших рівних умов перевага надається законом певній групі осіб, які мають певні особливі ознаки» [48, с. 139]. Дещо іншу думку висловлює С. Є. Нікольський, який під переважними правами розуміє права на захист майнових інтересів учасників цивільних правовідносин, прямо передбачених чинним законодавством [127, с. 914-915].

І.Я. Бабецька розуміє під переважним правом право на придбання певних видів благ, яке реалізується шляхом укладення сторонами договору чи при наявності певних обставин з пред'явленням права вимоги на укладення договору. Даним правом укладення договору наділяється особа, в якій за законом передбачено конкретне переважне право [8, с. 37-41].

Л. Ю. Леонова під переважними правами пропонує розуміти права, які надаються управленій особі тільки у прямо передбачених випадках, зміст, порядок здійснення та захист яких визначається виключно законом, а не волею сторін [96, с. 10].

На думку В.В.Боднара, переважне право у цивільному праві України - це встановлене законом або договором суб'єктивне право учасника цивільних відносин на переважне перед іншими особами вчинення дій (правочинів), спрямованих на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків [22, с. 119-125].

Як бачимо, думки вчених розходяться в однозначному розумінні юридичної природи переважних прав. В розрізі нашого дослідження для нас важливо з'ясувати співвідношення переважних прав із свободою договору. На те, що переважні права чинять певний обмежуючий вплив на договірні відносини вказується рядом авторів.

Д. Є. Потяркін зазначає, що "будь-яке переважне право визначає межі вільного укладення договору, і такі обмеження можуть бути запроваджені лише законом" [144, с. 54-55].

На думку М.В. Суботіної, під переважним правом слід розуміти надане законом спеціальним суб'єктам та обмежене присічним строком зобов'язальне право переважно перед іншими особами при всіх інших рівних умовах вимагати укладання договору та отримання прав на майно, з приводу якого укладається договір, що відрізняється особливим порядком реалізації та наявністю спеціального засобу захисту у вигляді права вимагати переведення на себе прав та обов'язків за договором, укладеним з третьою особою, та (або) вимагати визнання за собою відповідного права на майно у випадку, коли договір з третьою особою виконаний, або суб'єктивне цивільне право на придбання певного майна в порядку універсального правонаступництва є переважним перед іншими спадкоємцями [192, с. 37].

Як зазначає В.О. Горєв: «коли законом одній особі (особам) надається перевага в укладенні певного договору, то обов'язково має бути особа (особи), інтереси якої ущемлюються задля забезпечення можливості реалізації такої переваги. Тому переважному праву на укладення договору однієї особи завжди кореспондує юридичний обов'язок іншої особи. Для правомочної особи він виступає в ролі правового засобу забезпечення можливості реалізації її переважного права на укладення договору, а для зобов'язаної особи – в ролі обмеження її свободи у виборі контрагента за договором» [45, с.111].

У всіх наведених на початку підрозділу випадках переважні права так чи інакше пов'язані з договором, а саме з вибором суб'єкта як сторони для укладення договору.

Чи виступають переважні права одним із обмежень договірної свободи? Для відповіді на це питання слід звернутися до ознак, які характерні всім обмеженням договірної свободи, і про які йшлося в підрозділі 1.2.

Ознаками обмежень договірної свободи є: спрямованість на утримання від здійснення певних дій однією стороною договору та одночасне задоволення інтересів протилежної сторони договору чи суспільних інтересів в цілому; націленість на захист публічного порядку, суспільної моралі; закріплення в нормах права або в положеннях договору; зменшення обсягу свободи, прав; реалізація за допомогою обов'язків, заборон тощо.

Всі з вище перерахованих ознак в тій чи іншій мірі є притаманними також для переважних прав. Вони полягають в утриманні (забороні) здійснення певних дій однією стороною договору для задоволення можливості укладення договору іншою стороною договору. Переважні права можуть закріплюватися як в нормах закону так і встановлюватися на розсуд сторін. Переважне право, надаючи перевагу одному суб'єкту, обмежує в свободі дій іншого.

Переважні права невіддільно пов'язані із встановленням певних обмежень по відношенню до деяких суб'єктів правовідносин. Таким чином, переважні права виступають обмежувачами договірної свободи.

Але переважні права мають і ряд своїх особливостей. Особливістю переважних прав у порівнянні з іншими обмеженнями договірної свободи є та, що обмежуючи договірну свободу одних, вони одночасно ставлять в краще положення інших суб'єктів, які користуються таким переважним правом. Таке надання переваги (привілею) не є характерним для інших видів обмежень свободи.

По-друге, більшість обмежень договірної свободи мають обов'язковий характер. У випадку їх наявності вони застосовуються до тих правовідносин, щодо яких вони встановлені. Ситуація з переважними правами дещо інша. Суб'єкт, який ними володіє, може ним скористатися, а може і не скористатися. Відповідно в одних випадках переважні права зумовляють обмеження свободи укладення договору, а в інших випадках ні. Переважне право не унеможливорює

укладення договору взагалі, а лише робить неможливим укладення договору між конкретними суб'єктами цивільних правовідносин.

Третя особливість полягає в тому, що укладення договору без врахування встановлених для такого договору обмежень призводить до визнання його недійсним. Наприклад, у випадку укладення попереднього договору купівлі-продажу квартири продавець не може продати цю нерухомість іншій особі окрім покупця за попереднім договором. У випадку укладення такого неправомірного правочину останній може бути визнаний недійсним. Стосовно ряду договорів, які укладаються з порушенням певних встановлених обмежень договірної свободи, передбачене встановлення їх нікчемності.

У випадку з укладенням договору без врахування переважних прав іншого співвласника нерухомого майна чи інших акціонерів (у випадку відчуження корпоративних прав) ситуація дещо інша.

Порушення права переважної купівлі акцій дозволяє носію переважного права застосовувати позов про переведення прав та обов'язків попри способи захисту цивільних прав та інтересів передбачені ст.16 ЦК України.

Відповідно до ч. 4 ст. 362 у разі продажу частки у праві спільної часткової власності з порушенням переважного права купівлі співвласник може пред'явити до суду позов про переведення на нього прав та обов'язків покупця.

У відповідності до п. 31 Постанови ВСУ "Про судову практику розгляду корпоративних спорів" продаж учасником частки (її частини) з порушенням переважного права купівлі інших учасників (частина друга статті 147 ЦК, частина друга статті 53 Закону «Про господарські товариства») не зумовлює недійсність такого правочину. У цьому разі будь-який учасник товариства має право пред'явити до суду позов про переведення на нього прав та обов'язків покупця за аналогією з нормою частини четвертої статті 362 ЦК [168].

Заслуговує також на увагу постанова Верховного Суду України від 25 грудня 2007 р. у справі №48/153, в якій судова палата у господарських справах Верховного Суду України, розглянувши касаційну скаргу ВАТ «Інжинірінг» у справі за позовом ТОВ «Будсервіс» до ЗАТ «Пер Аарслефф-Інжинірінг», треті

особи – ЗАТ «Гідроінжбуд», ТОВ «Полар-Інвест» про визнання недійсним договору купівлі-продажу цінних паперів, вказала на те, що «...ВАТ «Інжинірінг» є акціонером ЗАТ «Гідроінжбуд» і обрало способом захисту визнання свого переважного права на придбання акцій та зміни правовідносин шляхом переведення на себе прав покупця акцій, які продані іншим акціонером. Вищий господарський суд України зазначеного не врахував і залишив без уваги, що позов про визнання недійсним договору купівлі-продажу акцій вчинений всупереч положенням ст. 13 ЦК України з метою порушення прав ВАТ «Інжинірінг» та їх захисту у законно обраний ним спосіб. Отже, визнання недійсним спірного договору купівлі-продажу цінних паперів позбавить господарський суд можливості захистити цивільне право скаржника способами, визначеними ст. 16 Цивільного кодексу України та перешкодить ВАТ «Інжинірінг» вільно, на власний розсуд розпорядитися належним йому цивільним правом та здійснити законний захист цього права...» [193].

Як бачимо, визнання недійсним договору не є типовим для договорів укладених з порушенням переважних прав. Найчастіше подається позов про переведення прав та обов'язків покупця за договором. Тобто у випадку укладення договору з порушенням переважних прав це не завжди призводить до визнання недійсним договору.

Як зазначає Н.І. Майданик, порушення права переважної купівлі породжує вимогу про переведення на привілейовану особу прав покупця, в результаті чого умови договору купівлі-продажу зберігають свою чинність, але змінюється суб'єктний склад договору. Отже, правовий наслідок порушення цього права полягає в можливості зміни осіб у зобов'язанні на підставі рішення суду [102, с. 849].

Таким чином, переважні права у порівнянні з іншими обмеженнями договірної свободи мають такі характерні ознаки:

- 1) обмеження договірної свободи одних суб'єктів одночасно зумовлює привілейоване становище інших у договірних правовідносинах;

- 2) мають обмежуючий характер лише у випадку їх реалізації їх уповноваженими особами;
- 3) не зумовлюють обов'язкового визнання недійсності (нікчемності) договору.

Таким чином, у випадку порушення цього права в кодексі передбачені певні способи захисту. Так, можна в судовому порядку вимагати переведення на позивача прав та обов'язків покупця за договором, у якому особа мала переважне право купівлі. Однак порушення цього права не дає підстав ставити питання щодо недійсності договору в цілому. Якщо особа, яка наділена правом переважної купівлі, протягом певного строку не реалізувала його, то строк дії цього права припиняється і знімаються обмеження щодо свободи вибору контрагента.

Обмежені речові права. Важливе значення має також співвіднесення обмежень свободи договору з обмеженими речовими правами. Під обмеженнями розуміється правовий механізм, який ускладнює здійснення власником окремих правомочностей, що складають зміст суб'єктивного права, або спричиняє тимчасову неможливість їх реалізації.

Згідно з нормою ст. 319 ЦК України власник володіє, користується і розпоряджається своїм майном на власний розсуд. Він сам вирішує, що робити зі своїм майном, керуючись виключно власними інтересами, здійснюючи щодо цього майна будь-які дії, які не повинні суперечити закону і не порушують прав інших осіб та/або інтересів суспільства. Діяльність власника може бути обмежена чи припинена або власника може бути зобов'язано допустити до користування його майном інших осіб лише у випадках і в порядку, встановлених законом.

Але як зазначено Верховним Судом України в "Аналізі деяких питань застосування судами законодавства про право власності при розгляді цивільних справ" правомочності власника не є безмежними, закон може встановлювати певні обмеження здійснення права власності. Такі обмеження встановлюються

з метою забезпечення рівноваги в суспільстві та здійснення майнових прав усіма суб'єктами права [200].

Окрім права власності, яке, як вище вже зазначено, не є безмежним, слід особливу увагу приділити обмеженим речовим правам.

У ч. 1 ст. 26 Закону України «Про іпотечне кредитування операцій з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» від 19 червня 2003 року довірчою власністю визначається особлива форма договірних майнових відносин, яка регулює розпорядження платежами за іпотечними активами, переданими установником у володіння, користування і розпорядження управителю, який є довірчим власником іпотечних активів [161]. Проте згодом дане положення було відмінено Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» [148] від 15 грудня 2005 року, і, таким чином, легальне визначення довірчої власності в українському законодавстві на сьогодні відсутнє.

Право довірчої власності управителя обмежено установником (ч. 2 ст. 26 Закону). Обмеження права довірчої власності обумовлюють зобов'язання управителя щодо розпорядження платежами в інтересах власників сертифікатів (ч. 4 ст. 27 Закону).

Правова природа довірчої власності полягає у наданні довірчому власнику речового права, обмеженого законом та договором. Довірчий власник набуває юридично права власності. Водночас зміст довірчої власності може бути обмежено договором про управління майном. Договором може бути заборонено відчуження об'єктів, які належать до складу майна, що є предметом договору, а також інші обмеження здійснення права довірчої власності.

До обмежених речових прав відносяться право господарського відання та право оперативного управління.

Право господарського відання є речовим правом суб'єкта підприємництва, який володіє, користується і розпоряджається майном, закріпленим за ним власником (уповноваженим ним органом), з обмеженням правомочності

розпорядження щодо окремих видів майна за згодою власника у випадках, передбачених Кодексом та іншими законами (ч. 1 ст. 136 ГК України).

Правом оперативного управління визнається речове право суб'єкта господарювання, який володіє, користується і розпоряджається майном, закріпленим за ним власником (уповноваженим ним органом) для здійснення некомерційної господарської діяльності, у межах, встановлених Кодексом та іншими законами, а також власником майна (уповноваженим ним органом (ч. 1 ст. 137 ГК України).

У законодавчих дефініціях обох понять прямо вказується на той факт, що одна з основних особливостей даних речових прав полягає в обмеженій можливості розпорядження майном. Таким чином, суб'єкти, на балансі яких знаходиться майно на праві господарського відання чи оперативного управління, користуються обмеженою свободою договору щодо розпорядження майном.

Відповідно до ч. 2 ст. 111 Земельного кодексу України можуть бути встановлені такі обмеження у використанні земель:

- а) умова розпочати і завершити забудову або освоєння земельної ділянки протягом встановлених строків;
- б) заборона на провадження окремих видів діяльності;
- в) заборона на зміну цільового призначення земельної ділянки, ландшафту;
- г) умова здійснити будівництво, ремонт або утримання дороги, ділянки дороги;
- г) умова додержання природоохоронних вимог або виконання визначених робіт;
- д) умови надавати право полювання, вилову риби, збирання дикорослих рослин на своїй земельній ділянці в установлений час і в установленому порядку.

Власник земельної ділянки при укладенні договорів повинен враховувати вище зазначені обмеження встановлені Законом. Тож це є також проявом

взаємозв'язку між обмеженими речовими правами та обмеженням свободи договору.

Спільним між обмеженням свободи договору та обмеженими речовими правами є те, що обидві категорії перш за все обумовлені такими правовими принципами як добросовісність, розумність, моральність.

Спільним для обмежень свободи договору та власності є також їх соціальне призначення в суспільстві. Функція власності вперше в українському законодавстві знайшла закріплення в Конституції України. Так, поряд з конституційним проголошенням принципу непорушності приватної власності і її гарантованості Конституція України встановлює: норму про соціальне призначення власності: власність зобов'язує і не повинна використовуватися на шкоду людині і суспільству (ст. 13). При укладенні договору сторони договору не повинні порушувати публічний порядок та моральні засади суспільства, а також враховуватися інтереси слабшої сторони.

Схожою характерною рисою є також те, що так само як обмеження свободи договору обмежені речові права встановлюються як законом так і договором. Крім дотримання вимог законодавства власник зобов'язаний вчинити певні дії, які передбачені відповідним договором про передання майна у власність, на користь іншої сторони договору або третіх осіб. Виконання зазначеного обов'язку обмежує його права власника. Але таке обмеження є проявом волевиявлення сторін договору. І може бути змінено, скасовано або визнано недійсним за правилами, встановленими зобов'язальним правом.

Тісний взаємозв'язок між двома досліджуваними видами обмежень проявляється в тому, що обмежені речові права часто виступають передумовою обмежень свободи договору.

Таким чином, співвідношення обмежень свободи договору та обмежених речових прав полягає в тому, що останні можуть виступати передумовою обмежень свободи договору щодо розпорядження цим майном чи користування ним.

Спільним для обидвох понять є:

- 1) підстава виникнення (закон або договір);
- 2) мета (забезпечення інтересів суспільства в цілому, захист слабшої сторони);
- 3) обумовленість принципами добросовісності, розумності, рівності.

Обтяження речових прав. У юридичній літературі висловлені різні підходи щодо питання того, чи обмеження та обтяження різні за своїм змістом поняття чи ні.

Взагалі на сьогодні можна виділити дві основні групи поглядів учених на обтяження нерухомого майна у взаємозв'язку з обмеженнями у праві. Так, представники однієї групи вказують на те, що обмеження, так би мовити, поглинають обтяження, тобто останні є частиною перших, начебто не мають самостійного характеру. Зокрема, А. В. Малько вказав, що обмеження права власності можуть полягати у накладенні на власника обов'язку терпіти щонебудь із боку інших осіб, тобто допустити певні дії інших осіб відносно речі, хоча за змістом права власності він міг би їх і не допускати [106, с.142]. Тобто фактично права третіх осіб на майно цей автор прирівнює до обмежень. Інші прихильники тотожності обмежень і обтяжень зазначають, що «обмеження (обтяження) становлять собою наявність встановлених законом чи уповноваженим органом в передбаченому законом порядку умов, які утруднюють право володільця при здійсненні права власності чи інших речових прав на конкретний об'єкт нерухомого майна». Звертає увагу той факт, що дані терміни — обмеження та обтяження — вживаються як синоніми [80, с. 123].

На думку інших, дані поняття слід розмежовувати, оскільки кожне із них має різну правову природу [112, с. 10]. Є. О. Мічурін у своїх працях зазначає, що за вище зазначеним підходом відбувається певне змішування правових категорій, коли обмеження права власності розглядаються дуже широко. Автор довів, що обмеження та обтяження мають власний зміст і останні стосуються прав третіх осіб на речі. Обмеження майнових прав фізичних осіб встановлюються волею держави, що відрізняє їх від обтяжень майна (наприклад, сервітуту), які можуть встановлюватись за домовленістю сторін

[117, с. 101]. Таким чином, наприклад, право переважної купівлі не є обтяженням, адже встановлюється законом, але не за домовленістю сторін. Аналогічної позиції притримуються С. В. Резніченко, О. О. Хворостовська, О.В.Красногор [177, с. 9; 93, с. 303]. Схожу позицію висловлює Т. О. Мечетіна, зазначивши, що обтяженнями є права третіх осіб на майно власника [109, с. 92]. І.В. Мироненко під обтяженнями майна розуміє обставини, що носять індивідуальний (ненормативний) характер та звужують визначені законодавством межі свободи (повноваження) носія суб'єктивного речового права [111, с. 138].

З'ясування тотожності чи відмінності даних понять не є предметом даного дисертаційного дослідження. Але в розрізі питань поставлених в даному підрозділі варто було б дослідити співвідношення обмежень свободи договору з обмеженими речовими правами та обтяженнями речових прав. Думка другої групи авторів, видається, більш обґрунтована. Тому обмеження та обтяження розглядатимемо все ж окремо.

Відповідно до ст. 2 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» (насьогодні цей Закон змінений та чинний в редакції Закону України №1878 від 11.02.2010 року) - обтяження це заборона розпоряджатися та/або користуватися нерухомим майном, яка встановлена або законом, або актами уповноважених на це органів державної влади, їх посадових осіб або яка виникає на підставі договорів [150]. Слід зазначити, що на той час поняття «обтяження» і «обмеження» використовувалися в різних нормативних актах по-різному, хоча, фактично, позначали одне й те саме правове явище. Після прийняття Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» та інших законодавчих актів України» від 11.02.2010 № 1878-VI два поняття об'єдналися в одне — «обтяження». Обтяження речових прав на нерухоме майно можна розуміти як тимчасові або постійні додаткові обов'язки власника враховувати певні обставини при вчиненні правочинів з об'єктом нерухомого майна. Обтяження прав можуть

полягати не лише у додаткових обов'язках власника, але і у обмеженнях його правомочностей з володіння, користування і розпорядження нерухомим майном або його частиною. У зв'язку з цим, власник майна не може у повному обсязі реалізовувати своє право власності на об'єкт нерухомості.

До обтяжень нерухомого майна, як правило, відносять його заставу (іпотеку) у цивільно-правових відносинах і податкову заставу.

Відповідно до ст. 3 Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» від 18.11.2003 р. № 1255-IV обтяженням є право обтяжувача на рухоме майно боржника або обмеження права боржника чи обтяжувача на рухоме майно, що виникає на підставі закону, договору, рішення суду або з інших дій фізичних і юридичних осіб, з якими закон пов'язує виникнення прав і обов'язків щодо рухомого майна [155].

Обтяження поділяються на приватні та публічні. Публічним є обтяження рухомого майна, яке виникає відповідно до закону або рішення суду. Приватні обтяження можуть бути забезпечувальними та іншими договірними. Забезпечувальним є обтяження, яке встановлюється для забезпечення виконання зобов'язання боржника або третьої особи перед обтяжувачем. Іншими договірними є приватні обтяження, які не віднесені до забезпечувальних і виникають унаслідок передачі рухомого майна, право власності на яке належить обтяжувачу, у володіння боржнику, або з інших підстав, що обмежують право обтяжувача чи боржника розпоряджатися рухомим майном (ст. 4). Відповідно до ст. 9 Закону предмет обтяження, право власності на який належить боржнику, може бути відчужений останнім, якщо інше не встановлено законом або договором. Але на практиці найчастіше буває так, що у випадку встановлення обтяжень у договорі зазначається про необхідність встановлення згоди обтяжувача на укладення договору купівлі-продажу цього майна. Відповідним договором фактично встановлюються обмеження договірної свободи. Наявність обтяжень зумовлює обмеження свободи договору.

Між обмеженнями та обтяженнями є ряд відмінностей. Як було досліджено в попередньому підрозділі обмеження свободи договору можуть встановлюватися законом або договором. Обтяження також можуть встановлюватися законом та самим власником у правочинах, які ним здійснюються (наприклад, передача власником належного йому майна за договором оренди породжує обтяження на таке майно, яке зумовлене правами орендатора). Але окрім того, останні можуть бути встановлені уповноваженими органами в порядку, передбаченому законом (наприклад, винесення судом рішення про встановлення сервітуту на відповідну земельну ділянку власника).

Відмінність між обмеженням свободи договору та обтяженнями речових прав полягають також в тому, що перші призводять до звуження можливої поведінки суб'єктів, таким чином обмежуючи свободу їх дій щодо конкретного предмета договору. Встановлення обтяжень призводить до звуження можливостей власника (уповноваженої особи) щодо володіння, користування, розпорядження своїм майном, але одночасно надає третім особам право на чужу річ, розширюючи сферу їх панування над цією річчю.

Висновки до розділу 2:

1. Однією із визначальних ознак таких договірних конструкцій як публічний договір, споживчий договір, договір приєднання, попередній договір є суттєве у порівнянні з іншими договорами обмеження договірної свободи суб'єктів. У договорі приєднання сторона, що приєднується, не може змінювати умов договору. У публічному договорі присутні суттєві обмеження щодо суб'єктного складу.

2. Зміст обмежень в попередньому договорі становлять наступні його елементи: 1) строк, на протязі якого укладається основний договір; 2) форма попереднього договору; 3) умови основного договору.

3. Обмеження в договорах за державним замовленням обумовлюються публічним інтересом. Принцип захисту публічних інтересів в цьому договорі є пріоритетнішим у порівнянні з принципом свободи договору чи принципами

диспозитивності та рівності сторін. А обмеження, які стосуються даної договірної конструкції перш за все стосуються державного замовника.

4. Несправедливим є обмеженість дії Закону України "Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань" виключно на правовідносини, що виникають між юридичними особами. Таким чином, порушується принцип захисту слабшої сторони.

5. Переважні права є одним із видів обмежень договірної свободи, оскільки вони зумовлюють обмеження укладення договору одним суб'єктом договірних правовідносин у зв'язку з пріоритетним правом на укладення договору іншого суб'єкта.

6. Переважні права у порівнянні з іншими обмеженнями договірної свободи мають такі характерні ознаки: 1) обмеження договірної свободи одних суб'єктів одночасно зумовлює привілейоване становище інших у договірних правовідносинах; 2) мають обмежуючий характер лише у випадку реалізації їх власниками; 3) не зумовлюють обов'язкового визнання недійсності (нікчемності) договору.

7. Обмежені речові права не відносяться до обмежень договірної свободи, оскільки окрім обмеження щодо укладення договору, щодо визначення змісту договору, вони породжують ряд інших обмежень (наприклад, обмеження користування майном тощо). Але їх існування (встановлення сервітуту, емфітевзису тощо) зумовлює обмеження для сторін договірного правовідношення щодо свободи здійснення та виконання обов'язків.

8. Співвідношення між обмеженням свободи договору та обмеженими речовими правами полягає в тому, що останні можуть виступати передумовою обмежень свободи договору.

9. Спільним для обидвох понять є: 1) підстава виникнення (закон або договір); 2) мета (забезпечення інтересів суспільства в цілому, захист слабшої сторони); 3) обумовленість принципами добросовісності, розумності, рівності.

10. Наявність обтяжень зумовлює обмеження свободи договору. На відміну від обмежень свободи договору встановлення обтяжень призводить до звуження можливостей власника щодо володіння, користування, розпорядження своїм майном, але одночасно надає третім особам право на чужу річ, розширюючи сферу їх панування над цією річчю.

РОЗДІЛ 3

ІНШІ КРИТЕРІЇ ЯК ОСНОВА ОБМЕЖЕНЬ ДОГОВІРНОЇ СВОБОДИ

3.1. Оціночні поняття як критерії обмежень договірної свободи

Оціночні поняття є важливим юридичним засобом, за допомогою якого правовому регулюванню надається гнучкість і еластичність. Як зазначає С.С. Алексєєв, законодавче існування оціночних понять в законі в одних випадках є показником юридичної невідпрацьованості тексту, невиправданого включення в нього ідеологічних положень, «теорії»; в інших же випадках вони є цілком виправданими конструкціями правових норм [4, с. 104-105].

Передумови закріплення оціночних понять. О.О. Малиновський до підстав законодавчого закріплення «оціночних» понять відносить: 1) об'єктивну неможливість точного визначення деяких явищ і процесів в силу їх своєрідності, 2) багатогранність правової дійсності і не можливість чітко виокремити всі її характерні ознаки, 3) уявна очевидність змісту поняття на момент прийняття нормативного припису та складність його подальшого застосування, 4) недоцільність вичерпної детальної регламентації суспільних відносин, що надає судді чи іншому органу правозастосування право самостійно визначити їх зміст і врегулювати конкретну ситуацію [105, с. 271-272].

На думку Т.В. Кашаніної об'єктивними причинами існування оціночних понять є соціальні чинники, які не залежать від волі і розсуду законодавця, а є результатом суспільного розвитку. Такими зокрема є: 1) різноманіття явищ суспільного життя, 2) швидку плинність суспільного життя, варіативність явищ соціальної дійсності; 3) органічну взаємодію права і моралі. До суб'єктивних причин, які зумовили існування в праві оціночних понять, автор відносить обставини, що залежать від волі законодавця, або соціальні чинники, які не впливають з самого суспільного розвитку. В якості таких факторів можна розглядати помилки при складанні норм права, недостатній ступінь розвитку

юридичної науки та юридичної техніки, правового інструментарію, практики застосування норм права [82, с. 10].

На думку інших авторів об'єктивні і суб'єктивні причини існування оціночних понять можна розглядати в сукупності, не відмежовуючи їх один від одного, позаяк воля людини в будь-якому випадку буде характеризувати і суб'єктивну, і об'єктивну групу причин. Так, до передумов закріплення оціночних понять в законодавстві Д.М. Левіна відносить: 1) динамізм суспільних відносин, 2) мінливість економічної та соціальної обстановки в країні; 3) різноманіття форм людської поведінки і її результатів [95, с. 35].

Сам термін "оціночні поняття" був введений в науковий обіг С. І. Вільнянським, який розумів під ним такі поняття, які "... дають суду можливість вільної оцінки фактів і врахування індивідуальних особливостей конкретного випадку при обов'язковому водночас застосуванні закону" [36, с. 13-14].

На сьогодні є чимало авторських визначень оціночних понять. Наведемо лише декілька з них. Я. М. Брайнін під оціночними поняттями розумів поняття, що не конкретизовані законодавцем, а уточнюються органом, що застосовує закон [27, с. 27]. На думку А. Г. Діденка, оціночним поняттям є поняття, з якого законодавець надає суб'єктам реалізації правових норм у процесі такої реалізації (використанні, виконанні, дотриманні, застосуванні норм права) самим визначати міру поведінки, відокремлює один правовий стан від іншого або правове від неправового [57, с. 26]. Т. В. Кашаніна вважає, що "оціночне поняття в праві - це виражене в нормах права положення (припис законодавця), в якому закріплюються найбільш загальні ознаки, властивості, якості, зв'язки і відносини різноманітних предметів, явищ, дій, процесів, які детально не роз'яснюються законодавцем з тією метою, щоб вони конкретизувалися шляхом оцінки в процесі застосування права ... " [82, с. 21].

Оціночним поняттям в українській правовій літературі присвячено окреме дисертаційне дослідження [35]. Автор згаданої дисертації під оціночним поняттям розуміє закріплене в нормах права уявлення (абстрактну думку), яке

відображає у собі різні емпіричні властивості явищ шляхом закріплення їх правозначущих типів і зумовлює здійснення на його основі індивідуального піднормативного регулювання та конкретизації суспільних відносин чи самостійної оцінки конкретної ситуації з боку суб'єкта правозастосування (широке розуміння). Оціночне поняття нормативно-правового акта – це закріплений у нормі права загальний припис, зміст якого не містить чітко визначеної, завершеної системи ознак, що зумовлює здійснення індивідуального піднормативного регулювання суб'єктом правозастосування шляхом вільної оцінки у межах конкретної правозастосовної ситуації (вузьке розуміння) [35, с. 17].

Загалом кожна з вище зазначених дефініцій розкриває суть оціночних понять в праві. Але разом з тим вони не відображають всієї специфіки оціночних понять в договірних правовідносинах. А зважаючи на їх значення як критерію обмеження договірної свободи, варто сформулювати власну авторську дефініцію. З цією метою необхідно проаналізувати характерні ознаки оціночних понять. Останні не визначені в законі, але встановлюються в межах теорії або правозастосовної практики.

Ознаки оціночних понять. О.І.Костенко, досліджуючи оціночні поняття в адміністративно-правових відносинах, виділяє правові та неюридичні ознаки.

До правових належать: поняття остаточно не визначене законодавцем чи іншим органом публічного адміністрування; уточнюється і конкретизується в процесі правозастосовної практики; передбачає правозастосовний та/або адміністративний розсуд; несе нормативне навантаження; дає можливість здійснити піднормативне регулювання з урахуванням специфіки окремої конкретної адміністративної справи чи іншої ситуації.

Серед неюридичних ознак автор виокремлює такі: логічні (відкрита структура змісту поняття та невизначеність обсягу; конкретизація в кожному окремому випадку; гносеологічні (невизначеність фактів, які закріплені в таких поняттях); лінгвістичні (позначення за допомогою слів або словосполучень, що в переважній більшості є загальнонавживаними термінами) тощо [91, с. 188].

Оціночні поняття в договорі мають безумовно свою специфіку. У порівнянні з адміністративно-правовими відносинами важливе значення має воля сторін. Сторони самі вправі визначати умови договору та застосовувати оціночні поняття в договорі на власний розсуд. Адже саме в цьому і полягає основна особливість диспозитивного методу правового регулювання. Крім того, сторони мають ширшу свободу стосовно тлумачення змісту оціночних понять в процесі правозастосування. Та й саме коло осіб, які наділені правом тлумачити оціночні поняття, не обмежується лише сторонами договору. Наприклад, до 2015 року з погляду відповідності певного договору нормам суспільної моралі саме представники Національної експертної комісії України з питань захисту суспільної моралі (насьогодні вже ліквідована) уповноважені були вирішувати, чи перевищені межі договірної свободи чи ні. Інший приклад, прокурор уповноважений доводити факт порушення інтересів держави сторонами договору при перевищенні ними меж договірної свободи.

Тому з врахуванням специфіки договірного права, вважаємо доцільно виділити такі юридичні ознаки оціночного поняття в договірному праві:

- 1) можливість встановлення його в законі чи на розсуд сторін в договорі;
- 2) остаточна невизначеність як в законодавчих нормах, так і в конкретно взятому договорі між сторонами;
- 3) уточнюється і конкретизується в процесі правозастосовної практики;
- 4) несуть нормативне навантаження;
- 5) дають можливість здійснити піднормативне регулювання з урахуванням специфіки окремо взятого договору;
- 6) тлумачаться не лише судом, сторонами договору, але значно ширшим колом суб'єктів (зокрема, прокурор, представники органів державної влади, тощо).

З врахуванням дефініцій оціночних понять, які були згадані на початку даного підрозділу та на підставі виведених ознак доцільно запропонувати авторське визначення оціночних понять в договірному праві.

На нашу думку, *оціночними поняттями* є поняття, що не конкретизовані законодавцем, та надають суду, сторонам договору та іншим уповноваженим чи зацікавленим особам можливість вільної оцінки фактів і врахування індивідуальних особливостей конкретного договірної правовідношення в межах визначених законом.

Оціночні поняття в джерелах права. Оціночні поняття, як критерій обмеження договірної свободи, наявні в джерелах права в тій чи іншій мірі завжди. Варто лише зазначити, що їх специфіка залежала від конкретного соціально-економічного періоду.

Як зазначає С.М. Жук, тенденція до збільшення питомої ваги оціночних понять у цивільному законодавстві є помітною саме в перехідні етапи розвитку суспільства. Свого часу критичне ставлення до оціночних понять сформувалось у радянському праві. Так, цивілістична теорія називала такі поняття "каучуковими нормами", які не потрібні цивільному законодавству як такі, що призводять до вільноправства і плутанини на практиці [69, с.10]. Але, незважаючи на це, норми ЦК УРСР 1922 р. містили чималу кількість оціночних понять ("помилка, яка має істотне значення" (ст. 32), "добросовісний володілець», недобросовісний володілець", "необхідні витрати" (ст. 59), "надмірно велика неустойка", "поважний інтерес" (ст. 142), "придатність до звичайного вжитку", "дефекти, що значно зменшують ціну" (ст. 195), "корінні недоліки" (ст. 196), "звичайне призначення" (ст. 227), "обставини, що мають істотне значення" (ст. 382), "значні зміни" (ст. 385) [215], які, як правило, використовувались у нормах зобов'язального права.

В Цивільному кодексі 1963 року з'явилися такі оціночні поняття як: "істотне значення" (ст. 56), "істотно зменшений розмір" (ст. 303), "істотні недоліки" (ст. 350) "негайно" (ст. 138, 156, 165), "добросовісний набувач" (ст. 147), "належним чином" (ст. 161), "інтереси сторін, що заслуговують на увагу" (ст. 205), "неналежне виконання" (ст. 207), "поважна причина" (ст. 226, 347), "незначна частина" (ст. 226), "вимоги, що звичайно ставляться" (ст. 233),

"систематичне порушення" (ст. 316), "своєчасно" (ст. 334), "груба необережність" (ст. 327), "надзвичайні обставини" (ст. 414) та ін. [214].

Сучасне вітчизняне цивільне законодавство із властивими йому принципами диспозитивності, свободи договору та підприємницької діяльності, справедливості, добросовісності, розумності важко уявити без норм із оціночними поняттями. З аналізу ЦК України, який зберіг більшість норм з оціночними поняттями, що містилися і у Цивільних кодексах 1922 та 1963 рр., чітко прослідковується тенденція до ширшого застосування законодавцем оціночних понять саме для регулювання договірних відносин, а також до закріплення основних ознак деяких із оціночних понять. Наприклад, ч. 2 ст. 651 ЦК України встановлює, що істотним є таке порушення стороною договору, коли внаслідок завданої ним шкоди друга сторона значною мірою позбавляється того, на що вона розраховувала при укладенні договору. Ч. 1 ст. 388 ЦКУ дає дефініцію добросовісного набувача, яким є набувач, який не знав і не міг знати, що особа, у якої ним було придбане майно за відплатним договором, не мала права на його відчуження.

Окрім вищезгаданих найбільш вживаних оціночних категорій в ЦК України зустрічається ряд інших оціночних понять. До них зокрема відносяться такі як «розумний строк», «необхідність» "неможливість", "неможливий", «свобода волі», «рівність», "розсуд сторін" (ст. 628 ЦКУ), "інтереси держави" (ст.ст. 203, 228 ЦКУ) та інші.

Трактування оціночних понять також знаходимо і в узагальненнях судової практики. Зокрема ВГС України зазначає, що при застосуванні ч. 3 ст. 551 ЦК України та статті 233 ГК України слід мати на увазі, що поняття "значно" та "надмірно" є оціночними і мають конкретизуватися судом у кожному конкретному випадку. При цьому слід враховувати, що правила частини третьої статті 551 ЦК України та статті 233 ГК України направлені на запобігання збагаченню кредитора за рахунок боржника, недопущення заінтересованості кредитора у порушенні зобов'язання боржником (п. 42).

Поняття "надзвичайність" є оціночним, воно характеризує об'єктивну якість обставини, незалежну від волі сторін. Отже, сторони не вправі встановлювати на свій розсуд обставини, які носять надзвичайний характер. Разом з тим сторони відповідно до ч. 1 та 2 ст. 212 ЦК України можуть обумовити зміну чи припинення прав та обов'язків обставиною, щодо якої невідомо, настане вона чи ні. Зокрема, такою обставиною може бути і така обставина, що носить надзвичайний характер (п. 47) [152].

Про оціночні поняття згадується також в Рішеннях КСУ. Зокрема в Рішенні КСУ № 3-рп/99 від 8 квітня 1999 року щодо офіційного тлумачення положень статті 2 Арбітражного процесуального кодексу України (справа про представництво прокуратурою України інтересів держави в арбітражному суді) зазначається, що "інтереси держави" є оціночним поняттям, прокурор чи його заступник у кожному конкретному випадку самостійно визначає з посиланням на законодавство, на підставі якого подається позов, в чому саме відбулося чи може відбутися порушення матеріальних або інших інтересів держави, обґрунтовує у позовній заяві необхідність їх захисту та зазначає орган, уповноважений державою здійснювати відповідні функції у спірних відносинах (абз. 3 п. 4) [181].

З вище згаданого Рішення КСУ вбачається, що не лише сторони чи суд можуть тлумачити оціночні поняття. В процесі правозастосування коло таких осіб значно ширше. Ними можуть бути прокурор (як вище згаданому прикладі стосовно державних інтересів), представники Національної експертної комісії України з питань захисту суспільної моралі (насьогодні вже не діючої), що ще раз підтверджує вірність однієї з раніше сформульованих характерних ознак.

В межах даного підрозділу доцільно дати коротку характеристику окремим найбільш вживаним оціночним поняттям.

Справедливість, розумність, добросовісність. Перш за все слід розпочати з таких як справедливість, розумність, добросовісність. Ці поняття відносяться до одних з найзагальніших та одночасно найбільш вживаних категорій цивільного права.

Добросовісність зокрема розглядають в широкому і вузькому розумінні. У широкому значенні, добросовісність – це комплексна, багатоаспектна цивільно-правова категорія, яка не охоплюється лише розумінням добросовісності як принципу цивільного права, а є системою різнопорядкових юридично значимих проявів, які здійснюють самостійний регулюючий вплив на цивільні правовідносини, але тісно взаємопов'язані між собою. У вузькому розумінні, добросовісність розглядається як принцип цивільного права або норма прямої дії або презумпція цивільного права [135, с. 9].

Роль принципу справедливості, розумності та добросовісності як обмежуючого фактору свободи договору проглядається в ряді норм ЦК України. Наприклад:

1) в ч. 5 ст. 12 ЦК України, якщо законом встановлені правові наслідки недобросовісного або нерозумного здійснення особою свого права, вважається, що поведінка особи є добросовісною та розумною, якщо інше не встановлено судом;

2) відповідно до ч. 3 ст. 509 ЦК України зобов'язання має ґрунтуватися на засадах добросовісності, розумності та справедливості. У ч. 1 ст. 627 ЦК України зазначається, що сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості;

3) згідно з ч. 3 ст. 652 ЦК України у разі розірвання договору внаслідок істотної зміни обставин суд, на вимогу будь-якої із сторін, визначає наслідки розірвання договору виходячи з необхідності справедливого розподілу між сторонами витрат, понесених ними у зв'язку з виконанням цього договору.

В цілях обмеження договірної свободи поширеним є застосування даного принципу в судовій практиці, зокрема при зменшенні санкцій встановлених договором.

Так, Вищий господарський суд України 6 березня 2007 р. прийняв Постанову у справі № 10/137 за позовом СПД – фізичної особи до ДП «С.»

Вищий господарський суд України погодився з апеляційним судом, що задоволенню підлягають позовні вимоги щодо сплати штрафу за недозамовлені послуги з перевезення вантажів в сумі 147 963,00 грн, та вимоги щодо сплати пені за невчасне проведення розрахунків за період з 19 січня 2006 р. по 03 березня 2006 р., в сумі 284,56 грн. Однак Вищий господарський суд України визнав суму стягнутого штрафу в розмірі 516 102,14 грн надмірно великою. Відповідно до ч. 4 ст. 213 ГК України, штраф як різновид неустойки може бути встановлений договором у відсотковому відношенні до суми невиконаної частини зобов'язання або у певній, визначеній грошовій сумі, або у відсотковому відношенні до суми зобов'язання незалежно від ступеня його виконання, або у кратному розмірі до вартості товарів (робіт, послуг). До того ж, задовольнивши позовні вимоги про стягнення штрафу в сумі 516 102,14 грн, місцевий господарський суд не врахував положення ст. 3, ч. 3 ст. 509 ЦК України, відповідно до яких загальними засадами цивільного законодавства та водночас засадами на яких має ґрунтуватися зобов'язання між сторонами є добросовісність, розумність і справедливість, а також не взяв до уваги приписи ч. 3 ст. 551 ЦК України, відповідно до яких розмір неустойки може бути зменшений за рішенням суду, якщо він значно перевищує розмір збитків, та за наявності інших обставин, які мають істотне значення. До того ж без належної уваги та оцінки з боку суду залишилися такі обставини, як дійсна вартість робіт за договором, ступінь виконання зобов'язання боржником, розмір відсотків стягнутої неустойки порівняно з розміром можливих збитків кредитора, а отже, співвідношення пред'явлених до стягнення санкцій і наслідків порушення зобов'язання. Внаслідок цього сума штрафу була зменшена [16, с. 96].

Таким чином, у наведеному прикладі суд посилався саме на порушення принципу добросовісності, розумності і справедливості, і виходячи з цього своїм рішенням визнав передбачені сторонами в договорі санкції необґрунтованими та такими, що перевищують межі договірної свободи.

Однак не можна не звернути увагу на відсутність прямого посилання на застосування принципу добросовісності, розумності і справедливості в ст. 627

ЦК України, яка передбачає, що сторони є вільними у виборі контрагента, у визначенні умов договору із врахуванням вимог чинних правових актів, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Такі випадки застосування зазначених принципів у різному їх співвідношенні для ЦК України є не поодинокими. Як відзначає Т.В.Боднар, в одних випадках ЦК України вживає усі три терміни одночасно (статті 3, 509), в других – два, наприклад, добросовісність і розумність, розумність і справедливість (статті 92, 627), в третіх – лише один, як правило, розумність (статті 564, 619). Це дало їй підстави для висновку про існування в ЦК України трьох самостійних принципів [22, с. 121]. Згадані принципи розкриті в ст. 6 ЦК України. Одночасно в ч. 1 ст. 627 ЦКУ уже відсутня згадка про необхідність дотримання принципу добросовісності. В даній статті вказується лише про обов'язкове дотримання принципів справедливості та розумності. Вбачаємо тут деяку недосконалість законодавчого формулювання.

Йдеться перш за все про порушення правил законодавчої техніки. Якщо в нормі ст. 627 ЦК України мітиться посилання на принципи, які відображені в статті 6 ЦК України, то при конструюванні норми щодо свободи договору їх також необхідно зазначити. В інакшому випадку це може призвести до різного трактування норми права.

Тому ст. 627 ЦК України потрібно доповнити принципом добросовісності і викласти у такій редакції: "Сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог ЦК України, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог добросовісності, розумності та справедливості".

Моральні засади. Наступною оціночною категорією є моральні засади суспільства. ЦК України буквально пронизаний принципом моральних засад суспільства. В ч. 4 ст. 13 ЦК України закріплено, що при здійсненні цивільних прав особа повинна додержуватися моральних засад суспільства. В ч. 4. ст. 26 зазначається, що фізична особа здатна мати інші цивільні права, що не

встановлені Конституцією України, цим Кодексом, іншим законом, якщо вони не суперечать закону та моральним засадам суспільства.

На дотримання моральних засад суспільства вказується і в ряді інших норм ЦК України, зокрема, в ст.ст. 19, 319, 1242. Самозахистом є застосування особою засобів протидії, які не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства (ч. 2 ст. 19 ЦКУ). При здійсненні своїх прав та виконанні обов'язків власник зобов'язаний додержуватися моральних засад суспільства (ч. 2 ст. 319 ЦКУ). Умова, визначена у заповіті, є нікчемною, якщо вона суперечить закону або моральним засадам суспільства (ч. 2 ст. 1242 ЦКУ).

У Коментарі до ЦК України за ред. М. Харитонова зазначається, що «моральні засади суспільства» є оціночною категорією, що походить від часів звичаєвого права. Крім того, автори підкреслюють, що ця категорія охоплює як народні звичаї, догмати релігії, яка є домінуючою у певному суспільстві, так і його офіційну ідеологію, відображену в Конституції України та інших її законодавчих актах [208]. О.В.Грицак погоджується, що категорія «моральні засади суспільства» належить саме до групи оціночних у цивільному праві — з огляду на її нечіткість та «розпливчатість», а також відсутність закріплення норм моралі у нормативно-правових актах. Однак вищенаведене визначення моральних засад суспільства вважає дискусійним, оскільки, по-перше, кожен має право на свободу віросповідання, жодна релігія не може бути визнана в Україні в якості обов'язкової (ст. 35 Конституції); а по-друге, жодна ідеологія не може визнаватися державою як обов'язкова (ст. 15 Конституції). Тому під категорією «моральні засади суспільства» у цивільному праві маєтись на увазі певна сукупність імперативів, які можна охарактеризувати як динамічні; мають неписаний характер; виражають ступінь усвідомлення суб'єктами цивільних правовідносин цінностей, суттєвих у процесі реалізації ними майнових та пов'язаних з ними особистих немайнових прав [51, с. 43].

На думку інших авторів, реалізація категорії «моральні засади суспільства» ускладнена відсутністю легітимного визначення народного звичаю. С. І. Шимон вважає, що поняття «суспільна мораль», у контексті Закону України

«Про захист суспільної моралі», та «моральні засади суспільства», в контексті положень ЦК, аж ніяк не є тотожними, оскільки, «суспільна мораль» є вужчим за змістом поняттям і може асоціюватись в цивільному праві з поняттям «публічний порядок» [220].

В Законі України «Про захист суспільної моралі» під суспільною мораллю розуміється система етичних норм, правил поведінки, що склалися в суспільстві на основі традиційних культурних та духовних цінностей, уявлень про добро, честь, гідність, громадський обов'язок, справедливість [159]. На думку О.В.Грицак це визначення не можна назвати таким, що повністю «віддзеркалює» сутність такого складного феномену [51, с. 41]. Розкриваючи мораль як систему етичних норм, законодавець припустився тавтології, бо етика і є філософським дослідженням сутності, мети та причин моралі і моральності. Крім того, навіть за наявності такого докладного визначення, категорія «суспільна мораль» не позбавляється свого оціночного характеру, оскільки законодавцем не сформульовано, які саме об'єкти слід відносити до культурних та духовних цінностей. До того ж залишається відкритим питання, які саме цінності слід вважати «традиційними», який саме період необхідний для їх усталення у конкретному суспільстві.

Тож, як бачимо, даний критерій обмеження договірної свободи слід відрізняти від деяких інших суміжних понять.

Про те не всі вчені погоджуються з використанням категорії "моральні засади суспільства" як обмежувача договірної свободи. С.М. Бервено наполягає на недоцільності використання нечіткого і двозначно трактованого критерію визначення такої межі здійснення цивільних прав у вигляді обов'язку особи «додержуватися моральних засад суспільства при здійсненні цивільних прав». На його думку, зазначене поняття має бути замінене близькою за змістом, але більш традиційною і дослідженою правовою категорією, заснованою на відсиланні до добропорядності. У даному випадку категорію «доброї совісті» (*bona fideas*) необхідно розуміти як певне зовнішнє «мірило», що береться до

уваги законом, судом, який застосовує закон, і яке рекомендується членам цивільного обороту у їх взаємовідносинах [15, с.258].

Інші навпаки відзначають, що принцип відповідності договору моральним засадам суспільства недостатньо висвітлений. Зокрема, О.Подцерковний вважає, що норму слід було доповнити наступним положенням: «Умови договору не повинні суперечити імперативним положенням актів цивільного законодавства і моральним засадам суспільства» [140, с. 78]. На нашу думку, така пропозиція змін до законодавства видається недостатньо обґрунтованою, зважаючи на наявність ч. 1 ст. 203 ЦК України, в якій зазначається, що зміст правочину не може суперечити цьому Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам.

Окрім того є норма ч. 3 ст. 228 ЦК України: "У разі недодержання вимоги щодо відповідності правочину інтересам держави і суспільства, його моральним засадам такий правочин може бути визнаний недійсним". Таким чином, пропозиція вище згаданого автора призвела б лише до дублювання норм ЦК України, що суперечить принципам законодавчої техніки. Думка С.М.Бервено про заміну поняття «моральні засади» на категорію «доброї совісті» також видається не зовсім вдалою, оскільки, поняття «моральні засади» достатньо ефективно виконує свою функцію як обмежувача свободи договору.

Положення ЦК України, в яких згадується про моральні засади суспільства, є достатніми.

Публічний порядок. Публічні інтереси проявляються у забезпеченні перш за все економічної, геополітичної, продовольчої, екологічної безпеки України, яка визначається її спроможністю захистити національні економічні інтереси від зовнішніх та внутрішніх загроз. Публічні інтереси при укладенні підприємницьких комерційних договорів полягають у запобіганні витоку економічних ресурсів з країни, залученні інвестицій в найбільш важливі сфери суспільного виробництва, попередженні загрози дефіциту товарів, підтримці конкурентного середовища тощо. Наявність публічних інтересів зумовлює у

найбільшому ступені необхідність встановлення обмежень свободи підприємницьких комерційних договорів, адже "діючи вільно, суб'єкт повинен рахуватися з об'єктивними умовами та закономірностями". Особа, вчиняючи ті чи інші дії, повинна усвідомлювати наявність певних меж — "стін коридорів" свободи, які встановлюються суспільством в особі держави [194, с. 17].

Професор В. І. Борисова зазначає, що публічний правопорядок необхідний будь-якій фізичній особі для того, щоб вона могла реалізовувати гарантовані їй Конституцією права та свободи, здійснювати свою життєдіяльність відповідно до власних інтересів. Однак слід зазначити, що поділ права на приватне та публічне тільки за критерієм інтересу (матеріальний критерій) у сучасних умовах є можливим, але навряд чи універсальним. Так, коли на юридичних осіб публічного права у цивільних відносинах поширюються положення ЦК (ст. 82), коли йдеться про публічний договір (ст. 633 ЦК), договір приєднання (ст. 634 ЦК) тощо, неможливо чітко визначити, чий інтерес має перевагу - приватний чи публічний [212, с. 6].

Як влучно зазначає Ю.І.Горда, законодавства багатьох країн намагаються розкривати зміст категорії «публічний порядок» через такі ж невизначені категорії: «суспільно-політичний лад», «суспільна безпека», «добрі наміри», «основи суспільного устрою», «правові основи», «національна безпека» і «національний суверенітет» тощо. Тобто є проблематичним точне й об'єктивне сприйняття категорій, межі яких розмиті, визначення яких неконкретні, а в деяких випадках не піддаються конкретизації, та які несуть на собі тягар морально-етичного навантаження [43, с.72].

Звідси виникає проблема, що вимагає свого нормативно-правового вирішення і стосується як внутрішньодержавної, так і міжнародної правотворчості, коли міжнародні документи, міжнародні арбітражі й національні суди з публічно важливих питань відсилають до категорії «публічний порядок», не визначивши при цьому її поняття, склад, ознаки й інші необхідні характеристики, залишаючи все це на суб'єктивне сприйняття і розсуд судів чи інших органів конкретної держави.

Щодо визначення категорії «публічний порядок», то перш за все варто згадати ч. 2 ст. 228 ЦК України, яка визначає «правочин, який порушує публічний порядок», як правочин, спрямований на порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина, знищення, пошкодження майна фізичної чи юридичної особи, держави, Автономної Республіки Крим. Здійснивши аналіз наведеної норми, можна дійти висновку, що до публічного порядку можна віднести непорушність конституційних прав і свобод людини і громадянина. Із цього випливає, що знищення, пошкодження майна фізичної чи юридичної особи, держави, Автономної Республіки Крим не потрібно виокремлювати в якості специфічного порушення публічного порядку — оскільки право власності є одним із конституційних прав громадян.

Тлумачення категорії публічного порядку ВСУ здійснив у постанові Пленуму від 24 грудня 1999 р. № 12 «Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України». Так, у п. 12 цієї постанови зазначено, що під публічним порядком належить розуміти «правопорядок держави, визначальні принципи і засади, які становлять основу існуючого в ній ладу (стосуються її незалежності, цілісності, самостійності й недоторканності, основних конституційних прав, свобод, гарантій тощо)» [169].

Опосередковані ознаки публічного порядку можна і потрібно виводити через призму п. 18 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 р. № 9 «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними». Так, зазначено, що правочинами, які посягають на публічний порядок, є ті, що посягають на суспільні, економічні та соціальні основи держави, зокрема: правочини, спрямовані на використання всупереч закону комунальної, державної або приватної власності; правочини, спрямовані на незаконне відчуження або незаконне володіння, користування, розпорядження об'єктами права власності українського народу: землею як основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави, її

надрами, іншими природними ресурсами (ст. 14 Конституції України); правочини щодо відчуження викраденого майна; правочини, що порушують правовий режим вилучених з обігу або обмежених в обігу об'єктів цивільного права тощо. Усі інші правочини, спрямовані на порушення інших об'єктів права, передбачені іншими нормами публічного права, не є такими, що порушують публічний порядок [175].

В літературі висловлюються думки про те, щоб змінити редакцію та розширити зміст норми ст. 228 ЦК України, а саме: "Правочин, що порушує публічний порядок, - це правочини, спрямовані (вчиняються з умислом) на порушення публічних нормативно-правових актів: Конституції України, валютного, митного, податкового, антимонопольного та іншого публічно-правового законодавства, у якому закріплені основи державного ладу, політичної системи, економічної безпеки держави, і у той же час є злочинами чи адміністративними деліктами" [199].

Вважаємо, що така пропозиція є недостатньо обґрунтованою. Публічний порядок - це оціночне поняття, а в ст. 228 ЦК України належним чином вміщені основні цінності, які повинні оберігатися приватним правом. Її конкретизація - це вже справа судової практики. До речі, зміни запропоновані вище згаданими авторами уже відображені в Постанові Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 р. № 9 «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними»: "При кваліфікації правочину за статтею 228 ЦК має враховуватися вина, яка виражається в намірі порушити публічний порядок сторонами правочину або однією зі сторін. Доказом вини може бути вирок суду, постановлений у кримінальній справі, щодо знищення, пошкодження майна чи незаконного заволодіння ним тощо".

3.2. Звичай ділового обороту як обмежувачі договірної свободи

Звичай – це правило поведінки, засноване на тривалості і багатократності його застосування [26, с. 49]. На думку С.О. Погрібного, звичаєм є правило

поведінки, тобто соціальна норма, що встановлює необхідну, бажану або можливу поведінку учасників суспільних відносин за визначених умов [139, с. 309]. Одним із звичаїв, який має першочергове відношення до теми даного дослідження, є звичай ділового обороту. Звичай ділового обороту – це правило поведінки, розраховане на використання у чітко визначених межах (в сфері підприємницької діяльності), яке є усталеним, таким, що вже склалося і широко застосовується [26, с. 71]. Особливий характер і застосування в договірних зв'язках звичаї ділового обороту набувають у тому разі, якщо це передбачено нормами законодавства. Тобто призначення останніх полягає в тому, що вони повинні заповнювати прогалини в змісті договору.

В.М. Махінчук наводить певну систему звичаїв у підприємницькій діяльності, зокрема до таких, на думку автора, слід віднести:

1) Найпростіші торгові звичаї, які притаманні періоду існування певного торгового стану, до яких належить так зване «купецьке слово». На сьогодні такий вид звичай ділового обороту майже себе вичерпав і не має перспектив до широкого застосування через об'єктивні причини.

2) Класичні звичаї торгового обороту як усталені правила поведінки серед комерсантів, які майже неможливо на сьогодні віднайти у практиці правозастосування. Слід зазначити, що свого часу об'єктивні складнощі у правозастосовчій діяльності, такі звичаї ділового обороту свого часу спеціально збиралися, описувалися та систематизувалися. Зокрема, це так звані узагальнення торгових звичаїв бірж, поширених наприкінці XIX сторіччя (на території Російської імперії). Насамперед тут слід згадати: «Обычаи (торговые) Рижской биржи», «Обычаи торговые Кенигсбергской биржи», «Свод Либавских торговых обычаев, утвержденных и исправленных общим собранием Либавской биржи».

3) Усталені звичаї ділового обороту, які зафіксовані певним чином у писаному вигляді. Передусім це стосується правил ІНКОТЕРМС. В літературі існують різні думки стосовно того, чи можна останні вважати класичними звичаями ділового обороту. Зокрема серед аргументів знову ж таки наводяться

ті твердження, що класичні звичаї ділового обороту не можуть мати писаного вигляду. Проте, більшість науковців визнають за ІНКОТЕРМС саме певне писане закріплення звичаїв торгового обороту. Видається, що висвітленню ролі ІНКОТЕРМС у міжнародній практиці доцільно було б присвятити окрему увагу [108, с. 195].

Зважаючи на диспозитивний характер чималої кількості норм ЦК України, неможливості врегулювати абсолютно всі договірні відносини, що складаються між учасниками цивільного обороту, застосування звичаю є досить поширеним явищем.

До загальних правил застосування торгових звичаїв відносяться: а) сторони пов'язані будь-яким звичаєм, відносно якого вони домовились, та практикою, яку вони встановили у своїх взаємних відносинах; б) за відсутності домовленості про інше вважається, що сторони мали на увазі використання в їх контракті звичаю, про який вони знали або повинні були знати та який широко відомий і постійно дотримується сторонами у контрактах цього роду у відповідній галузі торгівлі.

Про торгові звичаї йдеться в біржових правилах, у збірниках торгових палат, в матеріалах комісій ООН, у типових контрактах, у рішеннях третейських суддів з окремих питань. Вказівку на можливість застосування звичаю зустрічаємо в ряді правових норм ЦК України. Наведемо лише деякі з них.

Цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту (ч. 1 ст. 7 ЦК України). Якщо немає можливості визначити справжню волю особи, яка вчинила правочин, до уваги беруться мета правочину, зміст попередніх переговорів, усталена практика відносин між сторонами, звичаї ділового обороту, подальша поведінка сторін, текст типового договору та інші обставини, що мають істотне значення (ч. 4 ст. 213 ЦК України).

В окремих випадках звичай ділового обігу може впливати на визначення істотних умов договору. Так, у справі від 12.04.2011 р. № 5005/3655/2011, яка

була розглянута Господарським судом Дніпропетровської області, позивач просив визнати недійсним договір поставки від 01.02.11р. № 1104/1, укладений між позивачем і відповідачем. Позов мотивовано тим, що сторонами не було узгоджено термін дії договору, що призводить до визнання його недійсним. Суд визначив, що, відповідно до звичаю, який склався в діловому обігу, не зазначення в договорі терміну його дії свідчить про волю сторін на встановлення правила, що договір діє до припинення зобов'язання, яке виникло з договору, його виконання або з інших підстав, визначених законом. Отже, за відсутності в договорі терміну його дії в суду немає підстав уважати його неукладеним, якщо докази, наявні у справі, не свідчать про те, що справжня воля сторін полягала в намірі досягнути згоди про строк дії договору в майбутньому. Наведена правова позиція викладена в Інформаційному листі Вищого господарського суду України від 07.04.08 р № 01-8 / 221. Ураховуючи зазначене, суд відмовив у визнанні договору неукладеним.

Наведений приклад ілюструє можливість впливу звичаїв ділового обігу на істотні умови договору. З одного боку, не закріплення в договорі умови про його строк, яке є суттєвим, має призводити до визнання договору недійсним, з іншого - звичай ділового обігу уточнює норму законодавства, визначаючи, що якщо сторони не вказали терміну, то договір дійсний до моменту виконання зобов'язань.

Якщо договором купівлі-продажу не встановлено умов щодо комплектності товару, продавець зобов'язаний передати покупцеві товар, комплектність якого визначається звичаями ділового обороту або іншими вимогами, що звичайно ставляться (ст. 682 ЦК України). Якщо порядок перевірки додержання продавцем умов договору купівлі-продажу не встановлений, перевірка здійснюється відповідно до звичаїв ділового обороту або вимог, що звичайно ставляться в таких випадках (ст. 687 ЦК України).

Боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок, а кредитор - прийняти виконання особисто, якщо інше не встановлено договором або законом, не впливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту (ст. 527 ЦК України).

Кредитор має право не приймати від боржника виконання його обов'язку частинами, якщо інше не встановлено договором, актами цивільного законодавства або не впливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту (ст. 529 ЦК України).

Якщо у договорі не міститься посилання на типові умови, такі типові умови можуть застосовуватись як звичай ділового обороту, якщо вони відповідають вимогам статті 7 цього Кодексу (ч. 2 ст. 630 ЦК України). Таким чином, за певних умов звичаєм ділового обороту вважаються типові умови договору. Ст. 630 ЦК України вкотре підтверджує факт можливості обмеження свободи договору правовими звичаями як джерелом права.

Правовими документами, що застосовуються в Україні, в яких зафіксовані звичаї ділового обороту, є "Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів" у редакції 1993 р. [202], Принципи міжнародних комерційних договорів (Принципи УНІДРУА) у редакції 1994 [145], "Інкотермс" Офіційні правила тлумачення торговельних термінів "Міжнародної торгової палати" у редакції 2000 року [134].

Сама природа звичаю не дозволяє встановити чіткі рамки його застосування. «Для норм звичаєвого права немає і не може бути такого точно визначеного середовища, як для закону. Для одних звичаїв воно більше, для інших - менше. У цій обставині криється значний недолік правових звичаїв як примусових норм співжиття» [218, с. 192]. Розмитість меж дії звичаєвої норми створює підґрунтя для колізій різних звичаїв у регулюванні однорідних відносин.

Невизначеність і розмитість норми, що міститься у правовому звичаї, відкривають можливість довільного її тлумачення, а значить, і довільного застосування суддями і адміністраторами. Звідси можливість різноманітної і навіть суперечливої судової практики по однорідним справам. Правовий звичай - форма, як правило, консервативна по своєму характеру, пов'язана не з перспективою розвитку суспільства, а з його минулим, яка виражає тенденції збереження і закріплення цього минулого [216, с. 47].

Тому важливо з'ясувати співвідношення звичаю та норми права. І звичай і правова норма відносяться до джерел права. Обидва застосовуються для регулювання договірних правовідносин. І звичай і правова норма виступають обмежувачами договірної свободи. Але яким чином діяти суб'єктам договірних правовідносин, якщо зміст правової норми суперечить звичаю?

Відповідно до ст. 526 ЦК України зобов'язання має виконуватися належним чином відповідно до умов договору та вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог - відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться". Таким чином норми законодавства мають пріоритет перед звичаєвими нормами.

Більше того, застосування звичаїв можливе лише тоді, коли воно не суперечить договору. Звичай, що суперечить договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не застосовується (ч. 2 ст. 7 ЦК України). Зважаючи на формулювання останньої норми, постає питання: а чи взагалі звичай може виступати обмежувальним фактором договірної свободи? Адже якщо застосування звичаю можливе лише тоді, коли його зміст не суперечить змісту договору, то впливає, що звичай не може обмежувати договірну свободу. Такий проміжний висновок лише на перший погляд здається вірним.

Поняття договору і договірної свободи не є тотожними. Як впливає з розділу 1 даного дисертаційного дослідження, договірна свобода охоплює не лише свободу укладення договору, свободу у визначенні договірних умов, але й свободу виконання договору.

У випадку, коли договором певні правовідносини врегульовані диспозитивно, під цим розуміється свобода сторін договору діяти на власний розсуд. Межа свободи їх дій встановлюється законом. А як уже згадувалось в законі міститься відсилочна норма ст. 526 ЦКУ стосовно необхідності виконання зобов'язань у відповідності зі звичаями ділового обороту.

Тому ч. 2 ст. 7 ЦК України не можна трактувати як норму, що виключає можливість обмеження договірної свободи. При її комплексному тлумаченні у взаємозв'язку з іншими нормами ЦК України (наприклад, ст. 682, ст. 687, ч. 4 ст. 213) вище згадана правова норма лише встановлює пріоритет застосування положень договору перед звичаями, зокрема звичаями ділового обороту. У випадку, коли договором певні дії однієї із сторін договору не визначені в імперативному порядку, то їх свобода може обмежуватись звичаєм. Наприклад, якщо договором купівлі-продажу певного виробничого устаткування не встановлено умов щодо комплектності інструменту, продавець не може реалізувати покупцеві устаткування без певних запасних деталей чи засобів догляду за цим інструментом, які зазвичай продаються в комплекті з ним. Оскільки до цих правовідносин застосовується норма ст. 682 ЦК України, відповідно до якої продавець зобов'язаний передати покупцеві товар, комплектність якого визначається звичаями ділового обороту або іншими вимогами, що звичайно ставляться.

Варто зазначити думку А.Б. Гриняка, про те, що при моделюванні логічного ланцюга рівнів правового регулювання договірних відносин, отримаємо таку послідовність: на першому місці – імперативні норми, що визначають взаємовідносини між учасниками; на другому – умови договору, визначені за домовленістю між сторонами; на третьому місці – диспозитивні норми, що діють у тому випадку, коли сторони своєю домовленістю не встановляють інший порядок або взагалі не виключають дію норми. І тільки за відсутності названих трьох рівнів правового регулювання до відносин сторін можуть застосовуватися звичаї ділового обороту [50, с.101].

Таким чином, місце звичаю в системі обмежень договірної свободи не можна виключати. Але, вважаємо, звичай відіграє субсидіарне значення у порівнянні з правовою нормою чи деякими оціночними поняттями (моральні засади суспільства, інтереси держави, публічний порядок). Такий висновок випливає з того, що у випадку суперечності норми права і положень договору суб'єкти договірних правовідносин зобов'язані застосовувати правову норму. А

у випадку суперечності положень договору і звичаєвої норми, то сторони договору керуються і діють у відповідності до погоджених між ними домовленостей. І лише у випадку певної неврегульованості договірних правовідносин застосовується звичай.

Аналогічне питання виникає стосовно співвідношення звичаю та положень міжнародних договорів.

"Принципи європейського контрактного права підкреслюють роль національних звичаїв як важливого джерела регулювання відносин купівлі-продажу та інших договорів. Відповідно до ст. 1.105 "сторони договірних відносин пов'язані будь-яким звичаєм, стосовно якого вони домовилися, та практикою, яку вони встановили між собою. При відсутності прямої домовленості сторони вважаються пов'язаними звичаєм, що звичайно застосовується особами в тій же ситуації, що і сторони. Винятком є випадки, коли застосування такого звичаю є недоцільним [13, с. 273-274].

В деяких міжнародних документах встановлюється навіть пріоритет звичаєвих норм над нормами міжнародних нормативно-правових документах. Наприклад, у Коментарі до Конвенції ООН 1980 р. про договори міжнародної купівлі-продажу товарів зазначається, що Гаазькі конвенції (підхід яких до звичаїв був використаний при формулюванні відповідних положень Віденської конвенції) містять положення, що встановлюють пріоритет звичаю над нормами Конвенцій 1964 р. У Віденській конвенції прямої вказівки на це не має. Разом із тим не виключається можливість застосування звичаєвого правила навіть при існуванні відповідної норми в самій Конвенції. Такий висновок можна зробити із ст. 6 та ст. 9 Конвенції [137, с. 124].

Але це положення також необхідно розуміти з певними застереженнями. У відповідності зі ст. 9 вважається, що сторони мали на увазі застосування до договору звичаїв, які, таким чином, входять до складу волевиявлення сторін. Саме ж волевиявлення сторін, як впливає із ст. 6, може бути спрямоване на відступ від положень Конвенції. Оскільки норми Конвенції мають

диспозитивний характер, йдеться про допустимість відхилення звичаєвих правил від диспозитивних норм міжнародного договору.

Таким чином, міжнародні документи підкреслюють особливу роль звичаїв при регулюванні договірних відносин сторін. Разом з тим завжди є застереження, що вони застосовуються лише у випадку, коли положення міжнародних договорів мають диспозитивний характер.

3.3. Зловживання договірною свободою та їх правові наслідки

Зловживання має місце в тому випадку, коли ще відсутнє явне порушення права і разом з тим реалізація права відбувається вже за рамками звичного свого використання. Етимологічне значення слова «зловживання» має декілька значень. Зловживати - вживати, використовувати що-небудь на зло або шкоду комусь. Або «зловживання» користування чим-небудь у більшій, ніж належить, кількості [1, с. 327].

Поняття зловживання правом. В попередніх підрозділах дисертаційного дослідження було проаналізовано основні оціночні поняття та встановлено їх основні характерні ознаки. Зокрема було зазначено, що в договірному праві можливий широкий діапазон трактування даного поняття на розсуд кожної сторін. Негативний наслідок такого широкого трактування полягає в розширенні сфери застосування суддівського розсуду і, на думку Й.О. Покровського може призвести до повного судового контролю всього цивільного обігу з точки зору суб'єктивних і довільних уявлень про «справедливість» та «соціальні ідеали» і т.д. [142, с. 261].

Необхідно відзначити, що зловживання правами – категорія, яка не має чітко визначених меж. Інколи досить складно віднайти ту межу, де закінчується свобода особи щодо реалізації своїх прав передбачених договором та починається недобросовісне використання договірної свободи.

Вдало зауважує Н. С. Малєїн про те, що при зловживанні правом особа не виходить за межі права (тобто діє в рамках «содержания» суб'єктивного права),

але вона порушує вимоги, які відносяться до процесу здійснення права (виходить за межі здійснення права) [104, с. 38].

Суб'єктивне право є мірою можливої поведінки уповноваженої особи і тому має певні межі за змістом і за характером здійснення. У зв'язку з цим В.П. Грибанов справедливо відзначає, що межі є невід'ємною рисою будь-якого суб'єктивного права. За їх відсутності - будь-яке суб'єктивне право перетвориться у свавілля [49, с. 139]. В силу наведеного загальновизнаною вважається доцільність законодавчої заборони зловживання правом як найбільш загальної межі їх здійснення, що видається теоретично виправданим і необхідним на практиці [19, с. 39-40].

Найбільш яскраво ця проблема виявляється у разі кваліфікації поведінки учасників цивільно-правових відносин у формі зловживання правом, зокрема в контексті ст. 13 ЦК України. Шикана, як відомо єдине цивільне правопорушення, що вчиняється виключно прямим умислом, проте, навіть за таких умов порушник може намагатися запевнити суд, що діяв без мети завдати шкоду іншим, але лише з метою добросовісної реалізації та здійснення власних суб'єктивних цивільних прав.

Практиці відомі приклади, коли укладаються договори з метою завдати шкоду правам та інтересам інших осіб. Так, з метою уникнення звернення стягнення за вимогами кредиторів боржник укладає договори з третіми особами, яким за цими договорами переходить право власності на майно, на яке могло б бути звернене стягнення кредиторів. На перший погляд, у такій ситуації кредитор міг би захистити свій законний інтерес шляхом подання позову про визнання цього правочину недійсним через його фіктивність. Частина 1 ст. 234 ЦКУ визначає фіктивним правочином такий, що вчинений без наміру створення правових наслідків, які ним обумовлювалися. Втім, аналіз судової практики показує, що суди задовольняють такі позови в основному лише, якщо вчинення правочину відбулося після виникнення заборгованості та винесення ухвали суду про накладення арешту. Так, рішенням Апеляційного суду м. Києва було задоволено позов АКБ «Мрія» про визнання недійсним договору дарування

квартири, за яким позичальник банку, що мав заборгованість за кредитним договором у розмірі 499 031 гривня, подарував квартиру своїм двом неповнолітнім дітям [178]. Таке саме рішення прийняв і Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ з аналогічної справи (ухвалою Суду від 6 липня 2011 року залишене в силі рішення першої інстанції щодо визнання недійсним договору дарування Торгівельного виставкового комплексу з автомийкою, що був укладений відповідачем зі своїм родичем з метою приховання цього майна від виконання в майбутньому за його рахунок грошових зобов'язань) [203].

Однак у багатьох випадках суди відмовляють у задоволенні позову про визнання договорів недійсними на підставі їхньої фіктивності, обґрунтовуючи це тим, що фіктивний договір вчиняється без наміру створення правових наслідків, що ним обумовлені, і сама по собі мета уникнення звернення стягнення на майно не є достатньою підставою для визнання правочину недійсним як фіктивного. Саме в цих випадках виникає доцільність застосування норми про неприпустимість зловживання договірною свободою як підстави для обмеження договірної свободи.

В контексті дослідження зловживання свободою договору доцільно дати авторське визначення зловживання свободою договору. Зловживання правом це завжди певна недобросовісна поведінка суб'єкта цивільних правовідносин. Щодо зловживання свободою договору, то тут даний суб'єкт цивільних правовідносин конкретизується. Йдеться про сторону договору.

Протиправна поведінка сторони договору може проявлятися як в діях, так і в бездіяльності. Але вона завжди буде нести соціально-шкідливий характер. Також слід зауважити, що такі дії (бездіяльність) суб'єкта спрямовані на недосягнення спільної наперед визначеної сторонами мети договору. Тобто така поведінка суперечить самому призначенню договору.

Виходячи з вище зазначеного можна дати наступну дефініцію зловживанню договірною свободою:

Зловживання договірною свободою — юридично значуща поведінка сторони договору, яка полягає у соціально шкідливих діях, що суперечать ролі договору, як цивільно-правового інституту.

Види зловживань договірною свободою. Класифікація форм зловживання свободою договору може бути побудована за зведеними критеріями: метою, яку переслідують сторони, суб'єктним складом відносин та інші. Так, залежно від використовуваного засобу М.В.Кратенко виділяє три основних типи зловживання: 1) зловживання свободою укласти чи не укласти договір з окремими контрагентами; 2) зловживання свободою вибору виду договору, що укладається; 3) зловживання свободою у визначенні умов договору [94, с. 26].

Вважаємо класифікацію згаданого автора дещо недосконалою. Автор змішав в одній групі абсолютно різні види зловживань. Адже процес укладення договору, його виконання характеризує динаміку договірних правовідношення. В той же час "вид договору", "умови договору" характеризують його змістовну складову. Тому застосування класифікаційного критерію "використовуваний засіб" є дещо некоректним.

Варто було б взагалі розділити вище наведені елементи, розмежувавши зловживання свободою укладення договору від зловживання свободою вибору виду та умов договору.

Стосовно характеристики динаміки договору, то більш прийнятним було б використання "стадії договору" як критерію поділу зловживань. Крім того, згаданий автор не враховує того факту, що зловживання можливі також на стадії виконання договору. Виходячи із згаданої підстави класифікації, можна було б її розширити, адже зловживання свободою договору можливі не лише на стадії укладення договору, але й на інших стадіях (виконання, припинення договору). Прикладом таких зловживань є: ведення переговорів без мети укласти договір (з наміром відволікти контрагента від інших комерційних пропозицій, з метою отримання інформації, що становить комерційну таємницю); відмова контрагента, що займає домінуюче становище на ринку, від укладення договору з окремими покупцями або замовниками; тощо.

Таким чином, залежно від стадії договірної правовідносини варто виділити:

- 1) зловживання свободою в процесі укладення договору,
- 2) зловживання свободою під час виконання договору;
- 3) зловживання свободою на стадії припинення договору.

Стосовно другої підстави класифікації зловживань також варто висловити певні зауваження. В літературі усталеним є поділ договорів не лише на види, але й на типи. Недобросовісний контрагент, виходячи за межі договірної свободи, може умисне обирати не лише інший вид договору, але й інший тип договору.

Зловживання свободою вибору виду договору, що укладається, як правило, знаходить своє вираження у формі удаваних угод. Крім того, не виключена можливість зловживань при укладанні змішаного договору, коли об'єднання елементів декількох договорів здійснюється з метою обмеження прав однієї зі сторін договору або ущемлення її законних інтересів.

Тому варто запропонувати досконалішу класифікацію. На нашу думку, залежно від особливостей змісту принципу свободи договору варто виділити такі зловживання:

- 1) зловживання свободою вибору виду або типу договору, що укладається;
- 2) зловживання свободою у визначенні умов договору.

Серед прикладів останнього виду зловживань можна навести наступні: укладення угоди на вкрай не вигідних умовах для однієї зі сторін (на шкоду інтересам її кредиторів); включення в договір із споживачем умов, що ускладнюють йому можливість здійснення та захист його прав як споживача; продаж споживачеві одних товарів за умови обов'язкового придбання споживачем інших товарів; включення в договір приєднання умов, які є обтяжливими для осіб, які приєднуються.

Крім виділення типів і форм, зловживання свободою договору можуть бути класифіковані залежно від суб'єктного складу відносин: зловживання продавців (виконавців) у відносинах із споживачами; зловживання господарюючих

суб'єктів на ринку (йдеться про публічні договори, договори приєднання тощо); зловживання сторін договору в контексті ведення податкового та бухгалтерського обліку. Типи і форми зловживання свободою договору у всіх перерахованих сферах можуть збігатися або мати багато спільного. Проте правові наслідки зловживань будуть різними.

В підрозділі 2.2. даного дисертаційного дослідження аналізувались ознаки окремих договірних конструкцій як «обмежувачі» свободи договору. Враховуючи висновки даного підрозділу, доцільно розкрити найбільш поширені види зловживань договірною свободою. Серед них:

- 1) укладення фіктивного чи удаваного договору;
- 2) ухилення від укладення публічного договору;
- 3) включення в договір приєднання несправедливих умов;
- 4) спотворення (тобто включення непритаманних даному договору) змісту поіменованого договору.

Розглянемо їх детальніше.

Укладення фіктивного чи удаваного договору. Найчастіше сторони зловживають свободою договору прикриваючи один вид правочину іншим (наприклад, договір купівлі-продажу договором дарування). В таких ситуаціях, сторони, користуючись принципом свободи договору, формулюють умови договору так, щоб уникнути якихось небажаних для них наслідків. Такими можуть бути податкові зобов'язання, необхідність дотримання переважних прав тощо.

Спільною ознакою фіктивного та удаваного правочинів є те, що розбіжність між волею та її зовнішнім виявом стає наслідком навмисних дій його учасників, які мають за мету одержання певної користі усіма або принаймні одним із них. Різниця полягає в тому, що за удаваного правочину настають інші права та обов'язки, ніж ті, що передбачені правочином. За удаваним правочином обидві сторони свідомо, з певною метою, документально оформлюють правочин, але насправді між ними встановлюються інші правовідносини.

Як свідчать узагальнення ВСУ, найчастіше за удаваним договором дарування приховується договір купівлі-продажу. Робиться це здебільшого для перешкоджання у здійсненні іншим співвласником права переважної купівлі, а також для приховання справжніх доходів, отриманих від забороненої діяльності.

Закон не передбачає недійсність удаваного правочину, а лише пропонує застосовувати до відносин сторін норми, що регулюють той правочин, який сторони дійсно мали намір укласти. Проте деякі суди розглядали недійсність лише правочину, який мався на увазі (наприклад, рішення від 15 травня 2007 р. Хотинського районного суду Чернівецької області у справі N 2-219/2007 р.).

Інколи свободою формулювання положень договору та свободою вибору виду договору зловживають при укладенні договору довічного утримання.

Так, рішенням Котелевського районного суду Полтавської області за позовом М. до П. договір дарування житлового будинку було визнано удаваним на підставі ст. 235 ЦК для приховання договору довічного утримання. Проте у резолютивній частині суд визнав договір дарування недійсним та поновив право власності на будинок М. [68].

Цілком очевидно, що в цьому випадку договір дарування слід було визнавати недійсним за ст. 229 ЦК України як вчинений через помилку. Суд не може застосувати норми щодо правочину, який сторони насправді вчинили (договір довічного утримання), оскільки невідомо, на яких умовах буде здійснюватись утримування, в чому полягає догляд тощо.

У суддів місцевих судів інколи виникають труднощі при розмежуванні фіктивних і удаваних правочинів та застосуванні правових наслідків таких правочинів.

Так, у справі за позовом першого заступника прокурора м. Чернігова в інтересах Г. М., Г. О. до П. О. про визнання недійсним договору купівлі-продажу квартири з підстав недодержання вимог, передбачених частинами 3 та 5 ст. 203 ЦК, суд першої інстанції дійшов помилкового висновку про те, що укладений правочин є фіктивним як вчинений без наміру створення правових

наслідків, зумовлених ним, з посиланням на положення частин 3, 5 ст. 203, ч. 2 ст. 234, ч. 1 ст. 215 ЦК. Апеляційний суд таке рішення місцевого суду скасував з ухваленням нового рішення про визнання укладеного договору удаваним згідно з положеннями частин 3, 5 ст. 203, статей 215, 235 ЦК, оскільки сторони вчинили дії з виконання умов договору позики: одна сторона передала, а друга - прийняла в борг гроші, що призводить до правових наслідків, на відміну від фіктивного правочину. Апеляційний суд дійшов висновку, що спірний правочин вчинений сторонами для приховування іншого правочину, а тому визнав, що сторонами укладено договір позики [201].

ВСУ висловлює думку, що до удаваних правочинів можуть застосовуватися правові наслідки недійсності, передбачені ст. 216 ЦК, тільки тоді, коли правочин, який сторони дійсно мали на увазі, є нікчемним або суд визнає його недійсним.

Включення у договір приєднання несправедливих умов. Однією з найпоширеніших сфер зловживання договірною свободою в договорах приєднання є сфера споживчих договорів.

У 1993 р Рада Європи затвердила Директиву 93/13 / ЄЕС «Про несправедливі умови в договорах із споживачами», відповідно до якої несправедливим є така умова, яка вносить значний дисбаланс у права та обов'язки сторін за договором на шкоду споживача. Несправедливою може бути визнано лише ту умову, яка не була предметом спеціального узгодження зі споживачем. Та обставина, що окремі умови договору або їх деякі аспекти були індивідуально узгоджені, не виключає застосування Директиви до решти договору.

Директива містить приблизний перелік умов (застережень), які можуть розглядатися як несправедливі, зокрема наділяють продавця (виконавця) правом розривати договір без будь-якої поважної причини, якщо аналогічна можливість не надана споживачеві; надають продавцю право в односторонньому порядку змінювати умови договору без будь-якої дійсної (поважної) причини, чітко визначеної в договорі; виключають або обмежують

право споживача скористатися тими чи іншими засобами правового захисту та інші.

Несправедливі умови (застереження) договору можуть бути класифіковані за різними підставами. Так, можна виділити умови, які мають матеріально-правове та процесуальне значення. Якщо перші заважають здійсненню конкретних суб'єктивних прав споживача щодо придбаного товару (роботи, послуги), то другі обмежують споживача в реалізації засобів і способів захисту порушеного права: встановлення незручної для споживача територіальної підсудності спорів (за місцем перебування продавця або його основного офісу), обмеження споживача у поданні тих чи інших доказів, перекладення на споживача обов'язків по доведенню певних обставин.

Несправедливі застереження матеріально-правового характеру, в свою чергу, можуть бути розділені на ті, які:

- наділяють продавця правом на вчинення односторонніх дій (зміна ціни або інших умов договору, відмова від виконання договору і інші);
- обмежують відповідальність продавця за порушення зобов'язань за договором (тільки випадками умисного порушення зобов'язань, або відшкодуванням споживачеві реального збитку);
- покладають на споживача додаткові обтяження, не пов'язані з предметом договору (внаслідок одночасного укладення договору про технічне обслуговування придбаного товару);
- обмежують споживача в реалізації законних прав та гарантій (на обмін товару, його заміну, розірвання договору та ін.) [94, с. 59-60].

Спотворення змісту поіменованого договору. Зловживання свободою договору у формі спотворення змісту цивільно-правових інститутів є досить поширеним явищем.

Так, до прикладу, в договір оренди включаються умови про обов'язкову його пролонгацію після закінчення встановленого терміну. Подібна умова суперечить сутності договору оренди як зобов'язання з чітко визначеним

терміном, обмежує правоздатність орендодавця в частині розпорядження власним майном на свій розсуд.

У договорах оптової поставки продукції, що передбачають її подальший продаж в роздріб або дрібним оптом, покупець (дистриб'ютор) з метою зниження власних підприємницьких ризиків обумовлює умову про те, що оплата за поставлену продукцію провадиться лише після її реалізації кінцевим споживачам. У договорі також може міститися умова про право покупця повернути постачальнику не продану продукцію або яка не користується попитом.

Правові наслідки зловживання договірною свободою. Залежно від форми зловживання свободою договору розрізняються й відповідні правові наслідки, тобто санкції щодо особи, яка допустила зловживання. Це може бути: 1) класична відмова у захисті права, яким зловживають (наприклад, відмова у задоволенні вимоги, яка заснована на несправедливих умовах договору); 2) застосування наслідків недійсності правочину; 3) зміна або розірвання договору на вимогу потерпілого та ін.

Дискусійним та невизначеним є, до якого типу дій слід віднести дії особи, вчинені до укладення договору (до інституту переддоговірної відповідальності чи до зловживань договірною свободою). На нашу думку, така кваліфікація буде залежати від того, чи за вчинення відповідних дій передбачена відповідальність в національному праві чи міжнародних документах (наприклад, в Конвенції ООН «Про договори міжнародної купівлі-продажу товарів» (ч. 2 ст. 29), Принципах міжнародних комерційних договорів (Принципи УНІДРУА, ст. 15) тощо). Якщо ж такої відповідальності не передбачено, а дії все ж виходять за рамки добросовісної реалізації права, то є підстави вести мову про можливе зловживання свободою договору.

Дії особи, вчиненні до укладення договору варто відносити до інституту переддоговірної відповідальності або до зловживань договірною свободою в залежності від характеру таких дій.

Уповноваженою особою в розумінні ст. 13 ЦК України, якій суд відмовляє в захисті її прав на етапі судового розгляду спору, може виступати будь-яка сторона та інша (третя) особа із самостійними вимогами в цивільному процесі. Відмова в захисті права означає заперечення, невизнання судом права на примусове здійснення суб'єктивного цивільного права внаслідок задоволення судом матеріально-правових вимог (тобто, способів захисту цивільного права).

Відмова в захисті права є способом захисту цивільного права, що ґрунтується на можливості суду обмежити право на судовий захист як складову суб'єктивного цивільного права з метою припинення зловживального використання цивільних прав та обов'язків.

Відмова в захисті права є специфічним способом захисту цивільних прав, що не відноситься до жодного із способів, передбачених законом або договором, оскільки така санкція (тобто, відмова в судовому захисті права) передбачає не виникнення, а заперечення існування в заінтересованих осіб (сторін, третіх осіб із самостійними вимогами) матеріальних вимог, які забезпечені юридичним примусом та охоплюються відповідним способом захисту цивільного права.

У тих випадках, коли зловживання свободою договору спрямоване проти публічних інтересів (зловживання домінуючим становищем на ринку, отримання необґрунтованої податкової вигоди), наслідки зловживання не вичерпуються мірами цивільно-правової відповідальності. Особа може бути притягнута також до адміністративної чи кримінальної відповідальності.

ЦК України недостатньо чітко визначив правові наслідки порушення суб'єктом меж здійснення своїх прав. Відповідно до ч. 6. ст.13 ЦК України в разі недодержання особою при здійсненні своїх прав вимог, які встановлені щодо меж здійснення особою суб'єктивних прав, суд може зобов'язати її припинити зловживання своїми правами, а також застосувати інші наслідки, встановлені законом.

Інших правових наслідків зловживання правом законом прямо не встановлено. Тому, наприклад, Р.А.Майданик пропонує віднесення до таких

наслідків відмови у примусовому захисті права судом, примусового виконання обов'язку про припинення зловживання своїми правами на підставі рішення суду, можливості використання способів судового захисту особи, права якої порушено в результаті зловживання правом [103, с. 245].

На думку С.М.Бервено, нова для українського законодавства ст.13 ЦКУ, яка забороняє зловживання правом, сформульована надмірно лаконічно і її доцільно розширити, доповнивши більш повною характеристикою поняття, елементів та інших форм зловживання правом, взявши за основу положення про принцип добропорядності в доктрині і цивільному законодавстві Нідерландів, положення про несправедливі умови договорів в Європейському Союзі та добросовісність згідно з Принципами УНІДРУА. Автор вважає, що положення ст.13 ЦКУ є загальною нормою цивільного законодавства і, за умови справедливого відновлення порушених прав і законних інтересів кредиторів традиційними засобами захисту цивільних прав, не повинні застосовуватись щодо тих цивільних правопорушень, які мають правові особливості і врегульовані спеціальними нормами, що передбачають для них інші підстави застосування і правові наслідки [15, с. 258].

Змушені не погодитися з думкою згаданого автора. Виключення зі змісту ЦК України норми про неприпустимість зловживання правом зумовить поширення на практиці недобросовісних дій частини суб'єктів договірних відносин. А для суду навпаки ускладнить постановлення судових рішень там, де за відсутності спеціальної правової норми виникає необхідність керуватися найбільш загальними принципами ЦК України.

Норма ст. 13 ЦК України є досить загальною. Але, зважаючи на те, що неприпустимість зловживання правом є одним із принципів не лише договірних правовідносин, але цивільних правовідносин загалом, то вона і не повинна містити зайвої конкретики. Конкретні правові наслідки повинні передбачатися спеціальними нормами права. Такими наслідками може бути застосування загальних способів захисту цивільних прав та інтересів, передбачених статтею

16 ЦК, іншими статтями ЦК, які регулюють окремі види договірних зобов'язань, а також нормами інших актів цивільного законодавства.

Зокрема норми Закону України «Про захист прав споживачів» передбачають 17 підстав визнання недійсними умов договорів, що обмежують права споживача (ст.18) та багато конкретних видів нечесної підприємницької практики, використання якої при укладенні правочинів є також підставою визнання їх недійсними (ст.19). Наприклад, за ст.18 Закону недійсними можуть визнаватися умови договору, спрямовані на встановлення продавцем (виконавцем, виробником) дисбалансу договірних прав та обов'язків на шкоду споживача [157]. Такі умови є несправедливими і водночас містять ознаки зловживання продавцем (виконавцем, виробником) своїм правом більш «сильної» сторони по відношенню до споживача як більш «слабкої» сторони.

Зловмисна домовленість. Однією з форм зловживання правом ЦК України визнає вчинення правочину внаслідок зловмисної домовленості представника однієї сторони з другою стороною.

Загальне визначення поняття «зловмисна угода» міститься в Роз'ясненні Президії Вищого арбітражного суду України від 12 березня 1999 р. № 02-5/111 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням угод недійсними». Згідно з п. 13 цих Роз'яснень, зловмисна угода – це умисна змова представника однієї сторони з другою стороною, внаслідок чого настають несприятливі наслідки для особи, від імені якої укладено договір. Виходячи з даної дефініції, характерними особливостями зловмисної угоди є:

а) настання несприятливих наслідків для особи, від імені якої укладено правочин.

б) умисна змова осіб, які уповноважені діяти від імені сторін правочину [201].

Ст. 232 ЦК передбачено, що правочин, який вчинено внаслідок зловмисної домовленості представника однієї сторони з другою стороною, визнається судом недійсним. Представник має діяти в інтересах особи, яку він представляє. Тому якщо він вступив у зловмисну домовленість з другою

стороною і діяв при цьому у власних інтересах, нехтуючи інтересами особи, яку він представляв, і це доведено в суді, правочини мають визнаватися судом недійсними. Найчастіше в судовій практиці такі випадки виникають при укладенні договорів купівлі-продажу та підряду.

Так, Апеляційний суд Рівненської області ухвалою від 25 квітня 2007 р. залишив без змін рішення Рівненського міського суду від 29 січня 2007 р., яким Ш. було відмовлено у задоволенні позову до Б.В.Д. та Б.В.В. про визнання договору дарування 23 тис. 500 грн. недійсним. При цьому колегія суддів дійшла висновку про правильність рішення суду першої інстанції, який вказав, що на підставах, передбачених ст. 232 ЦК, можна визнавати недійсним правочин, якщо існувала зловмисна домовленість представника однієї сторони з другою стороною, а не домовленість між самими сторонами [201].

Представник, вчиняючи правочин, не виражає власну волю. Його завдання полягає в тому, щоб реалізувати волю особи, яку він представляє. Словосполучення «зловмисна домовленість», судді зазвичай трактують як навмисні дії представника. Тобто представник усвідомлює, що вчиняє правочин всупереч інтересам довірителя та бажає (або свідомо допускає) їх настання. Іншими словами, необхідна наявність навмисної змови представника однієї сторони з іншою стороною і виникнення внаслідок цього несприятливих наслідків для довірителя. При цьому не має значення, чи одержав учасник такої змови яку-небудь вигоду від здійснення правочину, чи він був укладений з метою завдати збитків довірителю.

Аналіз справ зазначеної категорії свідчить про те, що в деяких випадках суди не в достатній мірі розуміють, що для задоволення позовних вимог за ст. 232 ЦК необхідно на підставі певних доказів встановити, що представник за правочином вступив у зловмисну домовленість із другою стороною і діє при цьому у власних інтересах або в інтересах інших осіб, а не в інтересах особи, яку представляє.

Як зазначено Верховним Судом України, визнання такого правочину недійсним має різні правові наслідки, які залежать від того, що було підставою

для представництва — довіреність, договір, акт юридичної особи чи інше. Якщо таке представництво здійснювалося за правочином, то в цьому випадку настають наслідки з відшкодування збитків та моральної шкоди, завданих довірителю. Тому для застосування наслідків за таким недійсним правочином суд має встановлювати не тільки факт зловмисної домовленості представника однієї сторони з другою стороною, а й наявність збитків та причинний зв'язок між зловмисною домовленістю і завданими збитками [201].

Способи протидії зловживанням свободою договору. Яким чином протидіяти зловживанням договірною свободою? На нашу думку, встановлення певних заборон призведе до неправомірного обмеження свободи договору, а це є неприпустимим, зважаючи на одну з ключових ролей даного принципу в цивільному праві.

Більш доцільним є створення таких умов і внесення відповідних змін до законодавства, які б нівелювали практичне значення та вигоду від зловживання правом. Варто навести приклад щодо протидії зловживання правом на укладення договору в кредитних правовідносинах. З метою ускладнення судового процесу на практиці досить часто договір поруки використовується, як самий простий та законний спосіб “змоделювати” підсудність, тобто штучно створити ситуацію, коли позивач обирає з декількох судів найбільш йому зручний суд, куди він подасть позов. Такі випадки іноді використовуються фінансовими установами для юридичних маніпуляцій з метою отримання процесуальних переваг у справах по стягненню сумнівних заборгованостей.

З метою нівелювання таких зловживань 31.10.2013 року до ВРУ було внесено пропозицію щодо внесення змін до ЦПК України та ГПК України наступного змісту:

"1. У ГПК України частину третю статті 15 доповнити другим реченням такого змісту:

"Якщо у справі беруть участь кілька відповідачів, які є боржниками за основним та додатковим зобов'язанням (порука тощо), справа розглядається

господарським судом за місцезнаходженням того відповідача, який є боржником за основним зобов'язанням.";

3. У ЦПК України частину першу статті 113 доповнити абзацом такого змісту:

"Якщо у справі беруть участь кілька відповідачів, які є боржниками за основним та додатковим зобов'язанням (порука тощо), позов пред'являється за місцем проживання або місцезнаходженням того відповідача, який є боржником за основним зобов'язанням."

Таким чином, прийняття відповідних змін нівелює практичне значення початкових намірів недобросовісних сторін договору поруки.

Висновки до розділу 3:

1. Наявність оціночних понять має двояке значення. З одного боку, об'єктивною причиною наявності великої кількості оціночних понять у зобов'язально-правових нормах завжди була і залишатиметься недосконалість законодавчої техніки. З іншої сторони, застосування оціночних категорій сприяє усуненню прогалин в праві. Їх законодавче закріплення зумовлює можливість вільно використовувати ці категорії в якості регуляторів на рівні правозастосовної практики всіх судів. По-друге, суди загальної юрисдикції та господарські суди мають можливість оперувати конкретними нормативними орієнтирами для незастосування при вирішенні конкретних справ норм, які за внутрішнім переконанням тягнуть за собою порушення прав і свобод громадян.

2. Оціночними поняттями є поняття, що не конкретизовані законодавцем, та надають суду, сторонам договору та іншим уповноваженим чи зацікавленим особам можливість вільної оцінки фактів і врахування індивідуальних особливостей конкретного договірною правовідношення в межах визначених законом.

3. Характерними ознаками оціночних понять в контексті обмеження свободи договору є: 1) можливість встановлення їх на розсуд сторін договору; 2) остаточна їх невизначеність як в законодавчих нормах так і в конкретно

взятому договорі між сторонами; 3) уточнюється і конкретизується в процесі правозастосовної практики; 4) несуть нормативне навантаження; 5) дають можливість здійснити піднормативне регулювання з урахуванням специфіки окремо взятого договору; 6) тлумачення не лише судом, сторонами договору, але значно ширшим колом суб'єктів (зокрема, прокурор, тощо).

4. В ЦК України чітко прослідковується тенденція до ширшого застосування законодавцем оціночних понять саме для регулювання договірних відносин, а також до закріплення основних ознак деяких із оціночних понять (ч. 2 ст. 651 ЦК, ч. 1 ст. 388 та ін.).

5. Частину 1 статті 627 ЦКУ потрібно доповнити принципом добросовісності і викласти у такій редакції: "Відповідно до ст. 6 цього Кодексу сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог ЦК України, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог добросовісності, розумності та справедливості".

6. Серед обмежувальних чинників договірної свободи є такі, дотримання яких є імперативним, так і ті, які беруться до уваги, але з врахуванням інших обставин конкретної справи.

7. Звичай в системі обмежень договірної свободи відіграє субсидіарне значення у порівнянні з правовою нормою чи деякими оціночними поняттями (моральні засади суспільства, інтереси держави, публічний порядок).

8. Виступаючи одним із критеріїв обмеження договірної свободи, звичай поступово трансформується в норму права або ж встановлює певну форму договору (наприклад, типовий договір).

9. Неприпустимість зловживання договірною свободою виконує функцію межі дії принципу свободи сторін у договірних зобов'язаннях.

10. Свободу договору не можна трактувати як свободу від договору. Необхідно виключити можливість встановлення договором права односторонньої зміни або розірвання договору. Така зміна або розірвання має допускатися лише у випадках, встановлених законом.

11. Зловживання договірною свободою — юридично значуща поведінка сторони договору, яка полягає у соціально шкідливих діях, що суперечать ролі договору, як цивільно-правового інституту.

12. Класифікація форм зловживання свободою договору може бути побудована за наступними критеріями: метою, яку переслідують сторони; стадії договірних правовідносин; елементами змісту принципу свободи договору; суб'єктивним складом відносин та інші.

13. На нашу думку, залежно від стадії договірних правовідносин варто виділити: 1) зловживання свободою в процесі укладення договору; 2) зловживання свободою під час виконання договору; 3) зловживання свободою на стадії припинення договору.

14. Залежно від елементів змісту принципу свободи договору варто виділити такі зловживання: 1) зловживання свободою вибору виду або типу договору, що укладається; 2) зловживання свободою у визначенні умов договору.

15. Правовими наслідками можуть бути: класична відмова у захисті права, яким зловживають (наприклад, відмова в задоволенні вимоги, яка заснована на несправедливих умовах договору); застосування наслідків недійсності правочину; зміна або розірвання договору на вимогу потерпілого та ін.

16. Формами протидії зловживання свободою договору є: 1) законотворча діяльність спрямована на нівелювання практичної вигоди зловживань; 2) визнання договорів недійсними з підстав: а) невідповідність змісту правочину ЦК України, норми якого забороняють зловживання правом (ч. 3 ст. 13, ч. 1 ст. 203 та ч. 1 ст. 215 ЦКУ); б) недодержання вимоги щодо відповідності правочину моральним засадам суспільства, публічному порядку, інтересам держави (ч. 3 ст. 228 ЦКУ).

ВИСНОВКИ

У дисертації наведено теоретичне узагальнення і нове вирішення наукового завдання, яке полягає у визначенні договірної свободи, її обмеження та встановлення меж останньої. Основні висновки, що відображають погляди дисертанта на ці питання, виражені у наступних положеннях:

1. Свобода договору є невіддільною ознакою договору з моменту його виникнення, яка була притаманна договору як універсальній формі правового регулювання на всіх етапах розвитку суспільства незалежно від його правової системи чи періоду його розвитку. Але така свобода не була безмежною. Завжди встановлювались певні обмеження, характер яких різнився в залежності від конкретних соціально-економічних умов.

Ознаками свободи договору в римський період є: 1) пріоритет захисту інтересів рабовласників та необмеженої приватної власності; 2) жорстке відношення до боржника. Договірна свобода в період феодалізму характеризувалася: 1) обмеженням свободи в укладенні договору становою приналежністю до певного кола осіб; 2) існуванням цехової монополії та встановленням монопольних цін на ринку. У XX столітті концепція абсолютної свободи договору змінюється концепцією захисту слабшої сторони в договорі, впровадженням обмежень свободи договору. У сучасній західній доктрині рівень обмеження договірної свободи все більше залежить не від стану розвитку законодавства, а від судових підходів щодо застосування принципів добросовісності, розумності та справедливості (зокрема, від рішень Європейського суду з прав людини).

2. Обмеження договірної свободи - це певні виключення стосовно можливої поведінки суб'єкта в договірних відносинах, які ускладнюють здійснення прав та інтересів однієї сторони договору з метою охорони чи сприяння реалізації прав та інтересів іншої сторони договору, суспільних інтересів, а також прав інших осіб (кредитори, треті особи в договорах на користь третіх осіб).

Межа договірної свободи – це гранична можливість реалізації прав та інтересів, а також мінімально встановлена необхідність виконання обов'язків, яка передбачена законом чи договором та зумовлена потребою захисту моральних засад, суспільних інтересів та публічного порядку. Обмеження договірної свободи зумовлюють існування меж свободи договору.

3. Ознаками обмежень договірної свободи є: 1) спрямованість на утримання від здійснення певних дій однією стороною договору та одночасне задоволення інтересів протилежної сторони договору чи суспільних інтересів в цілому; 2) націленість на захист публічного порядку, суспільної моралі; 3) закріплення в нормах права або в положеннях договору; 4) зменшення обсягу свободи, прав; 5) реалізація за допомогою обов'язків, заборон тощо.

4. Обмеження договірної свободи поділяються: (а) залежно від виду акта, яким передбачено обмеження: 1) обмеження договірної свободи, які передбачені нормативними актами; 2) обмеження договірної свободи, які передбачені договорами, в тому числі нормативними актами індивідуального характеру; (б) залежно від факторів, що обумовлюють обмеження договірної свободи: 1) економічно обумовлені, 2) соціально обумовлені, 3) політично обумовлені; 4) технічно обумовлені, 5) екологічно обумовлені; (в) залежно від дії обмежень на сторін договору: 1) односторонні; 2) двосторонні; 3) багатосторонні; (г) за метою встановлення: 1) обмеження договірної свободи з метою охорони та захисту сторін договору; 2) обмеження договірної свободи з метою охорони та захисту інтересів третіх осіб; 3) обмеження договірної свободи з метою охорони та захисту інтересів держави.

5. Визначальною ознакою публічного договору та договору приєднання є суттєве обмеження договірної свободи суб'єктів. Разом з тим принципова відмінність проявляється в різному правовому режимі, встановленому в залежності від того, хто саме є обмеженою стороною.

Зміст обмежень в попередньому договорі становлять наступні його елементи: 1) строк, протягом якого укладається основний договір; 2) форма попереднього договору; 3) умови основного договору.

6. Переважні права у порівнянні з іншими обмеженнями договірної свободи мають такі характерні ознаки: 1) обмеження договірної свободи одних суб'єктів одночасно зумовлює привілейоване становище інших у договірних правовідносинах; 2) мають обмежуючий характер лише у випадку їх реалізації їх уповноваженими особами; 3) не зумовлюють обов'язкового визнання недійсності договору.

Співвідношення обмежень свободи договору з обмеженими речовими правами полягає в тому, що останні можуть виступати передумовою обмежень свободи договору. Спільним для обидвох понять є: 1) підстава виникнення (закон або договір); 2) мета (забезпечення інтересів суспільства в цілому, захист слабшої сторони); 3) обумовленість принципами добросовісності, розумності, рівності.

7. Характерними ознаками оціночних понять в контексті обмеження свободи договору є: 1) можливість встановлення їх на розсуд сторін договору; 2) остаточна їх невизначеність як в законодавчих нормах, так і в конкретно взятому договорі між сторонами; 3) уточнюється і конкретизується в процесі правозастосовної практики; 4) несуть нормативне навантаження; 5) дають можливість здійснити піднормативне регулювання з урахуванням специфіки окремо взятого договору; 6) тлумачаться не лише судом, сторонами договору, але значно ширшим колом суб'єктів.

8. Зловживання договірною свободою — юридично значуща поведінка сторони договору, яка полягає у соціально шкідливих діях, що суперечать ролі договору, як цивільно-правового інституту.

9. Класифікація зловживання договірною свободою може бути побудована за наступними критеріями: метою, яку переслідують сторони; стадії договірної правовідносини; елементами змісту принципу свободи договору; суб'єктним складом відносин.

Залежно від стадії договірної правовідносини варто виділити: 1) зловживання свободою в процесі укладення договору; 2) зловживання

свободою під час виконання договору; 3) зловживання свободою на стадії припинення договору.

Залежно від елементів змісту принципу свободи договору варто виділити такі зловживання: 1) зловживання свободою вибору виду або типу договору, що укладається; 2) зловживання свободою у визначенні умов договору.

10. Правовими наслідками при зловживанні свободою договору є: класична відмова у захисті права, яким зловживають (наприклад, відмова в задоволенні вимоги, яка заснована на несправедливих умовах договору); застосування наслідків недійсності правочину; зміна або розірвання договору на вимогу учасника договірних відносин, право якого порушене.

11. Запропоновано наступні зміни до чинного законодавства:

1) до Цивільного кодексу України:

а) п. 3 ч. 1 ст. 208 ЦК України викласти в такій редакції: *"правочини фізичних осіб між собою на суму, що перевищує у півтора і більше разів розмір мінімальної заробітної плати громадян, крім правочинів, передбачених ч.1 ст. 206 ЦК України".*

б) частину 2 статті 633 ЦК України доповнити абзацом 2 наступного змісту: *"У випадку виникнення неоднозначного тлумачення прав і обов'язків за договором, такі права й обов'язки тлумачаться на користь споживача".*

в) частину 2 статті 787 ЦК України потрібно викласти в такій редакції: *"Договір прокату є договором приєднання. Наймодавець може встановлювати правила договору прокату. Правила договору прокату не можуть порушувати прав наймачів, встановлених законом".*

2) до Закону України "Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань":

а) перше речення преамбули Закону викласти в такій редакції: *"Цей Закон регулює договірні правовідносини між платниками та одержувачами грошових коштів щодо відповідальності за несвоєчасне виконання зобов'язань. Суб'єктами зазначених правовідносин є всі учасники цивільних правовідносин".*

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Академічний тлумачний словник української мови. – Том 6. – С. 327
2. Александров Н.Г. К вопросу о роли договора общественных отношений / Н.Г. Александров // Учение записи ВИЮН.1946. -Вып.6.-235 с.
3. Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения / С.С. Алексеев.- М.: Норма,2001.-742с.
4. Алексеев С.С. Право. Азбука теория философия. Опыт комплексного исследования / С.С. Алексеев.- М. 1999.-712с.
5. Алексеев С.С. Роль гражданского законодательства в развитии экономики на современном этапе / Алексеев С.С., Мозолин В.П., Яковлев В.Ф. // Гражданское право и экономика. - М., 1985. – 312с.
6. Ансон В. Договорное право / В. Ансон; под ред. О.Н. Садикова. — М., 1984. — 464 с.
7. Асаулюк А. В. Попередній договір у нотаріальній практиці / А. В. Асаулюк // Мала енциклопедія нотаріуса. – 2010. – №5 (53). – С. 7-22.
8. Бабецька І.Я. Правова природа переважних прав / І.Я. Бабецька// Форум права. - 2011. - №1. -С. 37-41.
9. Банасевич І. І. Правове регулювання укладення та виконання державних контрактів [Електронний ресурс] / І. І. Банасевич //Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. – Івано-Франківськ,-2008. - Вип. 20. - С. 84-90. – Режим доступу: <http://194.44.152.155/elib/local/1801.pdf>.
10. Банасевич І. І. Правові основи укладення договорів на торгах, аукціонах, конкурсах / І. І. Банасевич // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України.- Івано- Франківськ,-2010. - Вип. 23. - С. 102-109.
11. Банасевич І.І. Договір як універсальна форма правового регулювання: монографія / за заг ред. проф. В.А.Васильєвої. – Івано-Франківськ, 2016. – 399 с.

12. Басалик О.І. Поняття та види обмеження особистої свободи громадян за адміністративним правом / О. І. Басалик // Юрист України. - 2011. - № 3(16). - С. 38-43.
13. Бахин С.В. Принципы европейского контрактного права /С.В. Бахин // Субправо (международные своды унифицированного контрактного права). — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. — С. 273-274.
14. Беяневич О.А. Принцип свободи договору за цивільним та господарським кодексами України / О.А. Беяневич // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка.- 2004. -№ 60-62.- С. 64-68.
15. Бервено С.М. Принцип неприпустимості зловживання правом у договірних зобов'язаннях / С.М,Бервено// Вісник Харківського національного університету внутрішніх. -Випуск 32.- 2006. – С. 276-288.
16. Белкін М. Свобода договору та її обмеження [Електронний ресурс] / М. Белкін // Юридичний журнал.-2009.-№12:– Режим доступу: : <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3371>
17. Беяєва А.П. Принцип свободи договору в правовому регулюванні зовнішньоекономічного контракту: Автореф. дис. на здобуття ступеня канд.. юрид. наук: 12.00.03 //цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право / А.П. Беяєва. — Х., 2005. — 20 с.
18. Беяєва А.П. Принцип свободи договору в правовому регулюванні зовнішньоекономічного контракту: дис.... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Беяєва Алла Петрівна.- Х., 2005. -197 с.
19. Бирюкова Л.А. Злоупотребление правом в теории и практике применения норм о банковской гарантии/ Л.А. Бирюкова // Цивилистические записки: межвузовский сборник научных трудов. Вып.2. -М., 2002. - С. 39-40.
20. Богославец В.М. Договори про надання правових послуг: монографія / Володимир Мирославович Богославец. - Івано-Франківськ: Вид-во Прикарпат. нац. ун-ту ім. В.Стефаника, 2009. - 176 с.
21. Боднар В.В. Поняття та юридична природа переважних прав / В. В. Боднар // Університетські наукові записки. - 2011. - № 4. - С. 119-125.

22. Боднар Т.В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві: монографія / Тетяна Валеріївна Боднар – К.: Юрінком Інтер, 2005. – 272 с.
23. Боднар Т.В. Обмеження принципу свободи договору в законодавстві України / Т.В. Боднар // Реалізація чинних Цивільного та господарського кодексів України: проблеми та перспективи: зб. наук. праць (за Матеріалами науково – практичної конференції, м. Київ, 24 листоп. 2005р.) редкол.: О.Д. Крупчан(голова) та ін.- К.: НДІ приватного права і підприємництва АПРН України, 2006.-С. 122-123.
24. Божко Ю. Рішення Конституційного Суду України щодо захисту прав споживачів кредитних послуг: чи очікувати нової хвилі "кредитних війн"? / [Електронний ресурс] / Ю. Божко // Режим доступу: http://zakon-peremogy.com.ua/index.php?id=publikaciyi&tx_ttnews%5Btt_news%5D=133&cHash=777872f259d28cb2ade481ae2dc359fb
25. Бондаренко Н.Л. Принцип свободы договора в гражданском праве. / Н.Л. Бондаренко// Право и экономика.- Минск. -2003. - С. 76-82.
26. Брагинський М.И. Договорное право. Общие положения / Брагинський М.И., Витрянський В.В. - М.: Статут, 1999. - 682 с.
27. Брайнин Я. М. Уголовный закон и его применение / Я.М. Брайнин.- М., 1967.-240с.
28. Быков А.Г. План и хозяйственный договор / А.Г. Быков.- М., 1975. – 158с.
29. Васильєва В.А. Договірне регулювання відносин з надання посередницьких послуг / В. А. Васильєва //Університетські наукові записки. – Хмельницький,-2010. - № 4. - С. 25-29.
30. Васильєва В.А. Корпоративні правочини: питання кваліфікації / В. А. Васильєва // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. – Івано-Франківськ,- 2011. - Вип. 27. - С. 104-110.
31. Васильєва В.В. Договір як підстава виникнення цивільно-правового зобов'язання: автореф. дис на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук: 12.00.03// цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право / В. В. Васильєва. – К., 2013 . – 20 с.

32. Великий тлумачний словник сучасної української мови / [уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел]. - Київ; Ірпінь: ВТФ Перун, 2003. - 1440 с.
33. Верб С.А. Типовые и примерные договоры как средство правового регулирования общественных отношений / С.А. Верб // Договорная дисциплина в советском гражданском праве. – Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1985. – С. 146–147.
34. Вердников В.Г. Гражданско-правовые формы товарно-денежных отношений / Вердников В.Г., Кабалкин А.Ю.-М: Юридическая литература, 1970. – 150 с.
35. Веренкіотова О. В. Оціночні поняття у правових актах: теорія та практика реалізації: автореф. дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук: спец.: 12.00.01 // теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень / О. В. Веренкіотова. — К., 2013. — 20 с.
36. Вильнянский С. И. Применение норм советского права / С.И. Вильнянский // Уч. записки Харьковского юридического ин-та. Вып. 7. -Х, 1956.- С. 13 - 32.
37. Вітка Ю.В. Правове регулювання споживчого кредиту: стан та перспективи / Ю. В. Вітка // Фінанси України. - 2013. - № 10. - С. 75-86.
38. Волков А.В. Злоупотребления гражданскими правами. Проблемы теории и практики / А.В. Волков.- М., 2009. – 464с.
39. Воловик О.А. Еволюція мети договірної права крізь призму економічного підходу: (історія та сучасні тенденції) / О.А. Воловик // Вісник Вищої ради юстиції. – 2013.-№ 2 (14). - С. 125 - 138.
40. Гегель Г. В.Ф. Философия права/ Г. В.Ф. Гегель. - М., 1990. - 526 с.
41. Гейнц Р. М. Істотні умови договору про надання комунальних послуг Р. М. Гейнц // Університетські наукові записки.-Х, - 2009. - № 4. - С. 76-80.
42. Горбунов И. Н. Производственное объединение как сторона в договоре поставки в условиях экономического эксперимента / И.Н. Горбунов // Гражданское право и экономика. -М., 1985. – С. 75-80.

43. Горда Ю.І. Аналіз тлумачення та застосування застереження про публічний порядок через призму судової практики / Ю. І. Горда // Право і суспільство. - 2015. - № 1. - С. 68-74.
44. Горєв В.О. Поняття та зміст свободи договору як загальної засади цивільного законодавства України / В.О. Горєв // Науковий вісник Львівського Державного університету внутрішніх справ. – 2006. – Вип. 1. – С. 91–99.
45. Горєв В.О. Свобода договору як загальна засада цивільного законодавства України: дис.... канд. юрид. наук: 12.00.03./ Горєв Віктор Олександрович. - Х., 2007. - 203 с.
46. Господарський кодекс від 16.01.2003 № 436-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003, № 18, № 19-20, № 21-22, ст.144
47. Господарський кодекс України : науково-практ. комент. – 2-е вид., доп. та перероб. / [О.І Харитонов, Є.О. Харитонов, В.М. Коссак та ін.]; за ред. О.І. Харитонової. – Х. : Одиссей, 2008. – 784 с.
48. Грибанов В.П. Здійснення і захист цивільних прав / В.П. Грибанов. – Вид. 2-е, стереотип. – М.: "Статут". – 411 с.
49. Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав / В.П. Грибанов. – М., 1992. – 246 с.
50. Гриняк А.Б. Звичай як джерело правового регулювання договірних відносин / А. Б. Гриняк, В. В. Проценко // Приватне право і підприємництво. - 2015. - Вип. 14. - С. 98-102.
51. Грицак А.В. Моральні засади суспільства як оціночна категорія українського цивільного права / А.В. Грицак // Адвокат. – 2010. – №3 (114). – С. 39-43.
52. Гудима М.М. Захист прав споживачів за договором про надання туристичних послуг: дис....канд. юрид. наук: 12.00.03 / Гудима Марія Мирославівна.– К., 2012. – 247 с.
53. Демин А.А. Договор и договорное регулирование в гражданском праве Российской Федерации: дис.... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Демин Алексей Александрович. – Нижний Новгород, 2014. – 222 с.

54. Денисова А.М. Правові обмеження: Поняття, види, функції / А.М. Денисова// Часопис Київського університету права. – 2011. – №2. – С. 51-55.
55. Дзера О.В. Загальні положення про правочин в новому ЦК України / О.В. Дзера // Юридична Україна.-2003.-№7.-С.24-31.
56. Дигесты Юстиниана. Избранные фрагменты в переводе и с примечаниями И. С. Перетерского. – М.: Наука. – 1984. – 456 с.
57. Диденко А. Г. Оценочные понятия в гражданском законодательстве / А.Г. Диденко // Избранное (постсоветский период). – Алматы, 2004. – С. 25 - 51.
58. Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб. / Т.В. Боднар, О.В. Дзера, Н.С. Кузнецова та ін.; за ред. О.В. Дзери. - К. : Юрінком Інтер, 2008. - 896 с.
59. Договірне право України. Загальна частина: навчальний посібник / за ред. О.В. Дзери.- К.: Юрінком Інтер, 2008.- 896 с.
60. Дождев Д. В. Римское частное право: учебник для вузов / под ред. члена-корр РАН, профессора В. С. Нерсисянца / Д.В. Дождев. – М.: Издательская группа ИНФРА М-НОРМА, 1997. – 704 с.
61. Дрішлюк В.І. Публічний договір (цивільно-правовий аспект): автореф. дис... на здобуття канд. юрид. наук: 12.00.03/ цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право / Дрішлюк Володимир Ігорович. — К., 2007. — 20 с.
62. Ершов Ю. Л. Принцип свободы договора и его реализация в гражданском праве Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ершов Юрий Львович. – Екатеринбург, 2001. – 170 с.
63. Євдокимов Д. Свобода договору та її обмеження в цивільному праві України // Д. Євдокимов / Юридичний журнал. – 2008. – №5 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2931>
64. Єдиний державний реєстр судових рішень // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua>
65. Єдиний державний реєстр судових рішень // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua>

66. Єдиний державний реєстр судових рішень // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reestr.court.gov.ua>
67. Єдиний державний реєстр судових рішень // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reestr.court.gov.ua>
68. Єдиний державний реєстр судових рішень // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reestr.court.gov.ua>
69. Жук С. М. Історичні аспекти становлення оціночних понять у цивільному праві / М. С. Жук // Часопис Національного університету "Острозька академія". Серія "Право". – 2011. – № 2(4) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2011/n2/11zmsutp.pdf>
70. Забоев К.И. Принцип свободы договора в российском гражданском праве: дис.... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Забоев Константин Игоревич. – Екатеринбург, 2002. – 227 с.
71. Завальна Ж. В. Адміністративний договір: теоретичні засади та застосування: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 / Завальна Жанна Вікторівна. – Х., 2010. – 369 с.
72. Загальна декларація прав людини 1948 р. [Електронний ресурс]. - Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_015
73. Защита прав потребителей финансовых услуг / Ю.Б. Фогельсон, М.Д. Ефремова, В.С. Петрищев, С.А. Румянцев /отв. Ред. Ю.Б. Фогельсон. - М. : Норма : ИНФРА-М, 2010. - 368 с.
74. Земельний кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2002, № 3-4, ст.27.
75. Зозуляк О.І. Зміст цивільної правосуб'єктності юридичної особи / О.І. Зозуляк // Приватне право і підприємництво: збірник наукових праць.-Вип.9 / редкол.: Крупчан О.Д. (гол.ред.) та ін.- К.: НДППП АПрНУ,2010.-С.64.
76. Иванов В.В. Общая теория договора : монография / Иванов Виталий Вячеславович. – М. : Юристъ, 2006. – 342 с.
77. Институции Юстиниана / под. ред. Л.Л. Кофанова, В.А. Томсинова.М., 1998. – С.194.

78. Казанцев М.Ф. Концепция гражданско-правового договорного регулирования : автореф. дис. на соискание ученой степени д-ра. юрид. наук: спец. 12.00.03 / цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право / М.Ф. Казанцев. – Екатеринбург, 2008. – 43 с.
79. Калмыков Ю.Х. Правовое регулирование хозяйственных отношений / Ю.Х. Калмыков // Изд-во Саратовского ун-та. 1982. – 204с.
80. Камышанский В. П. Право собственности: пределы и ограничения / В. П. Камышанский. – Волгоград: Волгогр. акад. МВС Росії, 2010. – 323 с.
81. Кант И. Критика чистого разума / Имануил Кант. – СПб., 1993. - 449 с.
82. Кашанина Т. В. Оценочные понятия в советском праве: автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук.:12.00.01 / Т.В. Кашанина. – Свердловск, 1974. -17с.
83. Клейн Н.И. Комментарии к гражданскому кодексу РФ части первой / под. ред. О.Н. Садикова М., 2005. – 272 с.
84. Клименко О.М. Попередній договір в цивільних відносинах: теорія і практика: автореф. дис. на здобуття ступеня канд. юрид. наук: 12.00.03 // цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право/ О. М. Клименко. – К, 2010 . – 18 с.
85. Ковальчук О. М. Цінність права в соціологічному підході до праворозуміння / Ковальчук О. М., Хаврук В. О. – Часопис Київського університету права. –К, 2012. - №2. – С. 15-18.
86. Козлова М. Ю. Проблемы свободы договора в антимонопольное законодательство в Российской Федерации: дис....канд. юрид.наук: 12.00.03 / Козлова Марина Юрьевна. – Волгоград, 2002. – 199с.
87. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96 // Відомості Верховної Ради України. - 1996. - №30. - 141 с.
88. Корельський В.М. Теория государства и права: учеб.для вузов / под ред.проф. В.М. Корельського и проф.В.Д. Перевалова. – М.,1999. – 612 с.

89. Корецький А.Д. Механізм договірного регулювання: поняття, структура і соотношення з методом громадянсько-правового регулювання / А.Д. Корецький // Юрист-Правовед. – 2007. – № 3. – С.51-55.
90. Корецький А.Д. Теорія договірного регулювання громадянсько-правових відносин: дис. ... доктора юрид. наук: 12.00.03 / Корецький Аркадій Данилович. – Ростов н/Д, 2007. – 223 с.
91. Костенко О.І. Проблеми тлумачення оцінних понять в адміністративному законодавстві України / О.І. Костенко // Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки. – 2011. – №1. – С. 180–186.
92. Кот О. Теоретичні та практичні проблеми визнання недійсними правочинів, які порушують публічний порядок / О.Кот // Право України. – 2012. – № 9. – С. 96.
93. Красногор О.В. Щодо природи обтяжень нерухомого майна / О. В. Красногор // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – 2011. – № 1. – С. 302-309.
94. Кратенко М.В. Злоупотребление свободой договора: частноправовые и публично-правовые аспекты: монографія / М.В. Кратенко. – 2010. – 208 с.
95. Левина Д.Н. Теоретические проблемы толкования и применения оценочных понятий: дис. ... канд. юрид. наук:12.00.01 / Левина Дарья Николаевна. – Нижний Новгород, 2007. – 216с.
96. Леонова Л. Ю. Преимущественные права в гражданском праве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Леонова Людмила Юрьевна. — М., 2005. — 194 с.
97. Лідовець Р.А. Змішані договори в цивільному праві України: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Лідовець Руслан Анатолійович. – Л, 2004. – 203 с.
98. Лукіна М.М. Декларація прав людини і громадянина (1789) // Нова історія в документах і матеріалах / М. М. Лукіна, В. М. Даліна. – Вип. І.– К, 1935. – 328 с.
99. Лукова Н.Г. До питання про свободу договору/ Лукова Л.Г. // Вісник Донецького університету. Серія В:Економіка і право, 2007. – № 1. – С. 542-547.

100. Луць А.В. Свобода договору в цивільному праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. / Луць Аліна Володимирівна. – Львів, 2001. – 182 с.
101. Луць В.В. Контракти у підприємницькій діяльності: навч. посіб. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – 560 с.
102. Майданик Р.А. Аномалії в цивільному праві України / Р.А. Майданик. – К.: Юстиніан, 2007. – 912 с.
103. Майданик Р. А. Проблеми довірчих відносин в цивільному праві: монографія / Майданик Роман Андрійович. – К., 2002. – 502 с.
104. Малеин Н. С. Закон и пределы правомерного поведения / Н. С. Малеин // Советское государство и право. – 1980. – № 10. – С. 38.
105. Малиновский А.А. Оценочные понятия в законодательстве / А.А. Малиновський // Законотворческая техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование: в 2 т. / под ред. В.М. Баранова. – Н. Новгород, 2001. –Т.1. – С. 271-272.
106. Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве / А. В. Малько. – М. : Юристъ, 2003. – 250 с.
107. Матузова П.И. Теория государства и права: курс лекций / под. ред. П.И. Матузова, А.В. Малька // 2-е изд., перераб. и доп. - М.: Юристъ, 2001. — 776 с.
108. Махінчук В.М. Торговий звичай (звичай ділового обороту) як джерело виникнення та регулювання підприємницьких відносин / В. М. Махінчук // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. серія юридична. - 2013. - Вип. 1. - С. 192-200.
109. Мечетина Т. А. Ограничение права собственности: проблемы публичных и частных интересов: дис ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Мечетина Татьяна Александровна. – М., 2003. – 182 с.
110. Мироненко І.В. Договір як універсальна форма правового регулювання: монографія / за заг ред. проф. В.А.Васильєвої. – Івано-Франківськ, 2016. – С. 183.

111. Мироненко І.В. Поняття та зміст обтяжень майна [Електронний ресурс] / І.В.Мироненко / — Режим доступу: http://kul.kiev.ua/images/chasop/2010_3/135.pdf
112. Михайленко О.О. Речово-правові обмеження права приватної власності за стародавнім римським та сучасним цивільним правом України: автореф. дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук: 12.00.03 / цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право / О.О. Михайленко. — Х, 2009. — 310 с.
113. Мілаш В. С. Переддоговірні відносини у сфері господарювання: проблеми теорії та практики / В. Мілаш // Право України. — 2010. — №4. — С.258.
114. Мілаш В.С. Істотні умови договору і диспозитивність їх правового регулювання / В.С. Мілаш // Підприємництво, господарство і право. — 2004. — №7. — С. 36-39
115. Мілаш В. С. Принцип свободи підприємницького комерційного договору/ В. Мілаш // Право України. — 2005. — № 2. — С. 36-40.
116. Мілаш В.С. Теоретичні аспекти співвідношення свободи підприємницького комерційного договору та обмежувальних чинників / В.С. Мілаш // Українське комерційне право. — 2005. — № 6. — С. 51–64.
117. Мічурін Є. О. Обмежені речові права та обмеження права власності / Є. О. Мічурін // Південноукраїнський правничий часопис. — 2007. — № 1. — С. 99–102.
118. Мічурін Є.О. Межі та обмеження цивільних прав / Є. О. Мічурін // Право і Безпека. — 2010. —С № 3. — С. 212-215.
119. Мічурін Є.О. Обмеження майнових прав фізичних осіб: монографія / Мічурін Євген Олександрович. — Х: Юрсвіт,2008. — 220с.
120. Мічурін Є.О. Обмеження майнових прав фізичних осіб: концептуальні та правові аспекти / Є. О. Мічурін // Міжнародний юридичний вісник: збірник наукових праць Національного університету державної податкової служби України. — 2015. — Вип. 1. — С. 170-174.

121. Мічурін Є.О. Обмеження майнових прав фізичних осіб: теоретично – правовий аспект: монографія / Мічурін Євген Олександрович. –Х.: Юрвіт, 2008. – 482с.
122. Монтескье Ш. О духе законов. М.,1970. – 273с.
123. Морозова Н.А. Принципы, пределы, основания ограничения прав и свобод человека по российскому законодательству и международному праву / Н.А. Морозова // Государство и право. – 1998. – № 7. – 148 с.
124. Нарозников Н.К. К вопросу о договорном регулировании / Н.К. Нарозников // Юридический журнал. – 2007. – № 11. – С. 83-86.
125. Нарышкина Р.Л. Гражданское и торговое право капиталистических государств /Р.Л. Нарышкина.— М., 1984. — 304 с.
126. Нечипуренко О.С. Цивільно-правове регулювання перевезень таксі: автореф. дис на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук / 12.00.03 цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право / О.М. Нечипуренко. — О., 2008. — 20с.
127. Никольский С. Е. Правовая природа преимущественных прав в гражданском праве / С. Е. Никольский // Научные труды Российской академии юридических наук. Вип. 4. [в 3 т.]. — М. : Юрист, 2004. — Том 1. — С. 914-915.
128. Новицкий И. Б. Римское право. – Изд. 7-е стереотипное / И.Б. Новицкий. – М., 2002. – 310 с
129. Определение Конституционного Суда РФ от 02.03.2006 N 60-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Сазонова Владимира Григорьевича на нарушение его конституционных прав положениями статей 124, 142 и 234 Трудового кодекса Российской Федерации" // <http://www.ksrf.ru/ru/Decision/Pages/default.aspx>
130. Об утверждении Положения о поставках продукции производственно-технического назначения, Положения о поставках товаров народного потребления и основных условий регулирования договорных отношений при осуществлении экспортно-импортных операций // http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_12/

131. Олюха В.Г. Цивільно-правовий договір: поняття, функції та система: дис...канд.. юрид. наук: 12.00.03 / Олюха Віталій Неоргійович.-К., 2003.- 186 с.
132. Осаке Кристофер. Свобода договора в англо-американском праве: понятие, сущность и ограничения / Кристофер Осаке // Журнал российского права. - 2006. - № 7. - С. 84-93.
133. Основы Гражданского Законодательства Союза ССР и республик утв. ВС СССР 31 мая 1991 г. № 2211-I // Ведомости ВС СССР от 26 июня 1991 г., № 26, ст. 733
134. Офіційні правила тлумачення торговельних термінів "Міжнародної торгової палати". "Інкотермс" Правила, Міжнародний документ від 01.01.2000 [Електронний ресурс] // Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/988_007
135. Павленко Д.Г. Принцип добросовісності в договірних зобов'язаннях: автореф. Дис на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук: 12.00.03 / цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право / Д.Г. Павленко. — К., 2009. — 20 с.
136. Памятники римского права: Законы 12 таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. — М.: Зерцало, 1997. — 608 с.
137. Піскун Т.О. Застосування торговельних звичаїв для регулювання договору купівлі-продажу: порівняльний аналіз міжнародних актів [Електронний ресурс] / Т. О. Піскун // Університетські наукові записки. - 2006. - № 1. - С. 123-127. — Режим доступу: <http://www.univer.km.ua/visnyk/961.pdf>
138. Победоносцев К.П. Курс гражданского права: в 3 ч. — Ч. 3: Договоры и обязательства. — М.: Статут, 2003. — 622 с. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://download.nchti.ru/libr/books/Right/ClassicOfRussianCivilistic/Elib/content_pob03.htm.
139. Погрібний С.О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: монографія / Погрібний Сергій Олексійович. — К.: Правова єдність., 2009.- 304с.

140. Подцерковний О. Недоліки норм про свободу договору в новому Цивільному кодексі України / О. Подцерковний // Вісник Академії правових наук України. – 2004. - №3. – С. 77 - 90.
141. Покровський Б.В. Необходимость и свобода хозяйственного договора в период развернутого строительства коммунизма / Б.В. Покровський // Советское государство и право в период развернутого строительства коммунизма: Тезисы докл. и науч. сообщ. – Харьков: Харьков. юрид. ин-т, 1962. – С.114-115.
142. Покровський И.А. Основные проблемы гражданского права / И.А. Покровский. – М.: Статут, 2001. – с. 164.
143. Потапова О.А. Ограничения принципа свободы договора / О.А. Потапова // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева. – Тольятти: ВУиТ, 2003, –Вып. 35. – С. 159-164.
144. Потяркин Д. Е. Виды преимущественного права / Д. Е. Потяркин // Право и государство: теория и практика. — 2006. — № 3. — С. 54-55.
145. Принципи міжнародних комерційних договорів (принципи УНІДРУА UNIDROIT) [Електронний ресурс] // - Режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_920
146. Принципи, пределы, основания ограничения прав и свобод человека по российскому законодательству и международному праву : материалы «круглого стола» // Государство и право - 1998. - № 7. – С. 26-27
147. Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань: Закон України від 22.11.1996 № 543/96-ВР [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. - Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/543/96-%D0%B2%D1%80>
148. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України»: Закон України від 24.12.2015 № 911-VIII [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. - Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/911-19>

149. Про внесення змін до постанови Правління Національного банку України: постанова правління Національного банку України від 24 лютого 2015 року №129 [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. - Режим доступу: // <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0131500-15>
150. Про внесення змін до постанови Правління Національного банку України від 24 лютого 2015 року № 130: Постанова Правління національного банку України № 130 від 24 лютого 2015 року [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. - Режим доступу: // <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v0131500-15>
151. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень: Постанова Кабінету міністрів України від 25.12.2015 № 1127 [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. - Режим доступу: // <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1127-2015-%D0%BF>
152. Про деякі питання практики застосування законодавства про відповідальність за порушення грошових зобов'язань: постанова пленуму вищого господарського суду України від 17.12.2013 № 14 [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. - Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0014600-13>
153. Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України: Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 07.04.2008 № 01-8/211 [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. - Режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v_211600-08
154. Про житлово-комунальні послуги: Закон України від 24.06.2004 № 1875-IV [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. - Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1875-15>
155. Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень: Закон України від 18.11.2003 р. № 1255-IV [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. - Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1255-15>

156. Про затвердження Типового договору оренди державного майна: Наказ Фонду державного майна України №457 від 19.04.96 [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. - Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0259-96>
157. Про затвердження Типового договору оренди землі: Постанова Кабінету міністрів України №220 від 3 березня 2004 р. [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. - Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/220-2004-%D0%BF>
158. Про захист прав споживачів: Закон України від 12 травня 1991 р. (в редакції Закону від 1 грудня 2005 р) [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. - Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1023-12>
159. Про захист суспільної моралі: Закон України від 20 листопада 2003 р. № 1296-I V. [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. - Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1023-12>
160. Про інформаційні агентства: Закон України від 28.02.1995 р. № 74/95-ВР [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. - Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/74/95-%D0%B2%D1%80>
161. Про іпотечне кредитування операцій з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати: Закон України від 19.06.2003 № 979-IV [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. - Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/979-15>
162. Про мисливське господарство та полювання: Закон України від 22.02.2000 № 1478-III [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. - Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1478-14>
163. Про міжнародне приватне право: Закон України від 23 червня 2005 року №2709-IV [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. - Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>
164. Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21.05.1997 р. № 2280/97-ВР [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради

України. - Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0%B2%D1%80>

165. Про Національний архівний фонд та архівні установи: Закон України від 24.12.1993 р. № 3814-XII [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. - Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3814-12>

166. Про особливості здійснення певних валютних операцій: Постанова Національного банку України № 124 від 23 лютого 2015 року [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. - Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0124500-15>

167. Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності: Указ Президента України від 10.06.1997 № 503/97 [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. - Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/503/97>

168. Про практику розгляду судами корпоративних спорів: постанова пленуму Верховного Суду України № 13 від 24.10.2008 року [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. - Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0013700-08>

169. Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24.12.99 №12 [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. - Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0012700-99>.

170. Про природно-заповідний фонд України: Закон України 16.06.1992 № 2456-XII [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. - Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2456-12>

171. Про публічні закупівлі: Закон України від 25.12.2015 № 922-VIII // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. - Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/922-19>

172. Про рибне господарство, промислове рибальство та охорону водних біоресурсів: Закон України від 08.07.2011 № 3677-VI // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. - Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3677-17>
173. Про тваринний світ: Закон України від 13.12.2001 № 2894-III // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. - Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2894-14>
174. Про ціни та ціноутворення: Закон України від 21.06.2012 № 5007-VI // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. - Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/5007-17>
175. Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними: Постанова Пленуму Верховного Суду від 06.11.2009 № 9 // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. - Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-09>
176. Протасов В.Н. Что и как регулирует право: учеб. пособие /В.Н. Протасов. – М.: Юристь,1995. – 95с.
177. Резніченко С.В. Деякі проблеми реєстрації прав на нерухоме майно / С. В. Резніченко, О. О. Хворостовська // Південноукраїнський правничий часопис. – 2009. – № 4. – С. 89–91.
178. Рішення апеляційного суду м. Києва від 16 жовтня 2008 (справа № 22-7158) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/7521995>.
179. Рішення Конституційного Суду України № 7-рп/2013 від 11 липня 2013 року щодо офіційного тлумачення положень другого речення преамбули Закону України "Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань" // [Електронний ресурс].- Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-13>
180. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Степаненка Андрія Миколайовича щодо офіційного тлумачення положень пунктів 22, 23 статті 1, статті 11, частини восьмої статті

18, частини третьої статті 22 Закону України «Про захист прав споживачів» у взаємозв'язку з положеннями частини четвертої статті 42 Конституції України (справа про захист прав споживачів кредитних послуг) № 15-рп/2011 від 10 листопада 2011 року // [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-11>

181. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Вищого арбітражного суду України та Генеральної прокуратури України щодо офіційного тлумачення положень статті 2 Арбітражного процесуального кодексу України (справа про представництво прокуратурою України інтересів держави в арбітражному суді N 3-рп/99 від 8 квітня 1999 року // [Електронний ресурс]. - Режим доступу: // <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-99>

182. Роз'яснення президії Вищого Господарського Суду України від 31.05.2002 №04-5/608 «Про деякі питання практики розгляду справ за участю іноземних підприємств і організацій» // [Електронний ресурс]. - Режим доступу: // http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v_608600-02

183. Романюк Я.М. Державна реєстрація правочинів: її суть та правове значення / Я.М. Романюк // Вісник Верховного Суду України. – № 5 (117). – 2010: [Електронний ресурс]. - Режим доступу: –http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&2_S21P03=FILA=&2_S21STR=vvsu_2010_5_10

184. Самойленко Г. В. Цивільно-правова характеристика договору перевезення пасажирів як споживчого договору / Самойленко Г.В// Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки. №3. –2014. – С. 59-61.

185. Самчук-Колодяжна З.Ф. Особливості застосування публічного цивільно-правового договору / З.Ф. Самчук-Колодяжна // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. 2014 № 9-1. – С. 131-133.

186. Сибільов М.М. Співвідношення актів цивільного законодавства і договору та базові моделі регулювання договірних відносин за чинним Цивільним кодексом України / М. М. Сибільов // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2004. – № 4. – С. 56-61.
187. Сирко М. Право власності в Цивільному кодексі Бонапарта 1804 р. / М. Сирко // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2013. – Випуск 58. – С. 109-115.
188. Скакун Ю.Є. Попередній договір за цивільним законодавством України: автореф. дис на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук: 12.00.03 / цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право / Ю. Є. Скакун . – Х., 2013 . – 20 с.
189. Спасибо-Фатеева І.В. Нотаріальне посвідчення правочинів з нерухомістю та їхня державна реєстрація як способи укріплення прав / І. В. Спасибо-Фатеева \\\ Нотаріат для Вас. – №12. –2006. – С. 34-36.
190. Стативка А.Н. Договори в агропромышленном комплексе Украины в условиях рынка / А.Н. Стативка //Национальная юридическая академия Украины им. Ярослава Мудрого. – Харьков: Право, 1997. – С. 136-143.
191. Страхова С.Г. Принципы правового регулирования предпринимательской деятельности. Ограничения принципа свободы договора / С.Г. Страхова // Актуальные проблемы правоведения. Научно-теоретический журнал. – Самара: Изд-во СГЭУ, 2005, № 3 (12). – С. 155-159.
192. Субботин М.В. Преимущество права в российском гражданском законодательстве : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / М.В. Субботин. – Москва: РГБ, 2007.— 200 с.
193. Судова практика захисту права на придбання акцій. Юридичний журнал. - №3. - 2009 // [Електронний ресурс]. - Режим доступу: http://www.vkp.ua/ua/publications/articles/sudova_praktika_zakhistuprava_na_pridbannya_aktsiy/
194. Танага А. Н. Принцип свободы договора в гражданском праве России / А.Н. Танага. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – 211с.

195. Тархов А. В. Административные наказания, ограничивающие личную свободу : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.14 / Тархов Александр Викторович. – М., 2004. – 192 с.
196. Татарникова Т.В. Ограничения свободы договора / Т.В. Татарникова // Государство и общество: политико-правовые проблемы. Межвузовский сборник статей. Вып. 4. Барнаул.-2009. – С. 67-70.
197. Тельгарин Р.А. Свобода заключения договоров в сфере предпринимательства по гражданскому праву России: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – М., 1998. – 131 с.
198. Терніков Є .І. Свобода договору та її обмеження в цивільному праві України / Терніков Є. І. // Наукові праці МАУП – 2010. – № 3(26) – С. 254–258.
199. Тріска І.І. Особливості визначення правочину таким, що порушує публічний порядок // Тріска І.І., Левицька В.В.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.rusnauka.com/33_NIO_2009/Pravo/54976.doc.htm
200. Узагальнення Верховним Судом України "Аналіз деяких питань застосування судами законодавства про право власності при розгляді цивільних справ" // [Електронний ресурс]. – Режим доступу:[http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(print\)/1207B66D24762C1DC2257D0E004CC419](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(print)/1207B66D24762C1DC2257D0E004CC419)
201. Узагальнення Верховного Суду України "Практика розгляду судами цивільних справ про визнання правочинів недійсними" від 24.11.2008 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/n0003700-08/print1448539086405400>
202. Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів: правила міжнародної торгової палати від 01.01.1994 № 500 [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/988_003
203. Ухвала колегії суддів судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 6 липня 2011 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/17319642>.

204. Федоров И. В. Понятие договорного регулирования / И.В. Федоров //.— Томск, изд- во Томск. ун-та, 1978. — С. 135-138.
205. Федоров И.В. Теоретические проблемы договорного регулирования хозяйственных связей в СССР: автореф. дис..на соискание ученой степени доктора юрид. наук: 12.00.03 / Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; семейное право; международное частное прав .- Томск, 1991.- 48с.
206. Халфина Р.О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве / Р.О. Халфина. М., 1954.-238с.
207. Халфина Р.О. Право как средство социального управления / Р.О. Халфина. — М., 1988. — 225с.
208. Харинов Є.О. Цивільний кодекс України: Коментар / За заг. ред. Є. О. Харитонова, О. М. Калітенко. - Одеса: Юридична література. — 2003. — 1112с.
209. Харитонов Є.О. Цивільне право України: Підручник / Є. О. Харитонов, Н. О. Саніахметова. — К.: Істина, 2003. — 761 с.
210. Хохлов С.А. Новое гражданское право России / С.А. Хохлов // Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика / отв. ред. А.Л. Маковский. М., — 1998. — 480с.
211. Хропанюк В.Н. Теория государства и права / Под ред. В.Г. Стрекозова. — М.: Дабахов, Ткачев, Дымов.1995. — 379с.
212. Цивільне право України: Підручник: у 2 т. / Борисова В. І. (кер. авт. кол.), Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін.; За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. - К.: Юрінком Інтер, 2004. - Т. 1. - 480 с.
213. Цивільний кодекс України № 435-VI від 16 січня 2003 року // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 461.
214. Цивільний кодекс Української РСР: Кодекс України № 1540-VI від 18.07.1963 р.: [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?code=1540-06>.

215. Цивільний кодекс УРСР 1922 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://s2.sendfile.su/download/240721/ANZXuaLEJ6a8AXyq9fKs1UJWE1zeLT8Rx2bAsjde>.
216. Шебанов А.Ф. Форма советского права. – М., 1968. – 216с.
217. Шевченко В. Свобода вибору контрагента за договором у земельному праві / В. Шевченко // Юридичний вісник. – 2014. – № 2. – С. 234-239.
218. Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права / Г.Ф. Шершеневич. – Тула, 2001. – 720с.
219. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 года) / Г.Ф. Шершеневич. – М.: СПАРК, 1995. – 556 с.
220. Шимон С. І. Розмежування понять «суспільна мораль», «моральні засади» та «моральність» у цивільному праві / [Електронний ресурс]. С.І. Шимон. – Режим доступу: http://www.rusnauka.com/23_SND_2008/Pravo/26738.doc.htm
221. Щетинкина М.Ю. Реализация и его ограничения действия принципа свободы договора: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03/ Щетинкина Марина Юріївна / 12.00.03. – М.2009.-201с.
222. Яворська О. Договори приєднання: проблеми правового регулювання / О. Яворська // Підприємництво, господарство і право. — 2009. — № 10. — С. 93-95.
223. Яроцький В.Л. Цінні папери в механізмі правового регулювання майнових відносин: дис... на здобуття наукового ступеня доктора юрид. наук: 12.00.03 / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2007. — 442 с.
224. Carbonier civil.Les obligations. P., 1956. T. 4. P.67.
225. Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts // [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu>
226. Directive 2008/48/EC of the European Parliament and the Council of 23 April 2008 on Credit Agreements for Consumers and Repealing Council Directive 87/102 /EEC // [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu>.

227. Sheinman H. Contractual liability and voluntary undertakings // Oxford journal of legal studies. – 2000. – Vol. 20, N 2. – 205-220.
228. White Paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets. — Commission of the European Communities. — January 2007 // [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://ec.europa.eu>.