

Гамбург І.А.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного, адміністративного та фінансового права
Класичного приватного університету

Гамбург С.Л.,
студент 3 курсу
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

УДК 347.441.4

DOI <https://doi.org/10.32845/2663-5666.2019.4.8>

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ СВОБОДИ ПІД ЧАС УКЛАДАННЯ ДОГОВОРУ, НЕ ПЕРЕДБАЧЕНОГО ЗАКОНОМ

Постановка проблеми. Розвиток України у напрямі розбудови соціальної, демократичної та правової держави, застосування ринкових відносин в економіці має базуватися на фундаментальних принципах, що закріплюються у законодавстві. Це насамперед законність, справедливість, свобода тощо. Цивільно-правові відносини як предмет цивільного права у більшості своїй виникають, змінюються або припиняються у результаті здійснення вольових дій (односторонніх правочинів, договорів тощо) їх учасників. При цьому саме принцип свободи надає цим відносинам приватний характер, диспозитивність. У договірних відносинах насамперед це проявляється у тому, що сторони вільно обирають вид договору для врегулювання їх відносин. Більш того, дозволяється використовувати як договори, регламентовані законодавством, так і такі, що їм не закріплені, але породжують цивільні права та обов'язки. Щодо останніх і актуалізуються питання реалізації принципу свободи договору.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідження базується на працях вітчизняних і зарубіжних науковців минулого та сучасності щодо різних аспектів цивільно-правового регулювання договірних відносин та, зокрема, сутності, змісту, меж реалізації принципу свободи договору (М.І. Брагінський, В.В. Вітрянський, О.С. Йоффе, С.С. Немченко, І.Б. Новицький, Ю.В. Цюкало та ін.). Фундаментальною працею щодо свободи договору в цивільному праві є дисертаційне дослідження А.В. Луця. Проте цими працями не охоплюються всі проблемні питання, у тому числі щодо правового регулювання зобов'язальних відносин, не передбачених законодавством, але таких, що породжують цивільні права та обов'язки. Водночас такі відносини часто виникають на практиці, тому потребують правової регламентації.

Мета та завдання дослідження. Метою дослідження є визначення основних проблем реалізації принципу свободи під час укладання договору, не передбаченого законом. Мета зумовила виконання таких завдань: з'ясування сутності та змісту свободи договору; окреслення меж реалізації свободи договору; визначення особливостей реалізації принципу свободи під час укладання договорів, не передбаче-

них законом; формулювання пропозицій щодо правової регламентації зазначених відносин.

Виклад основного матеріалу. Свобода договору визначена серед загальних засад цивільного законодавства (ст. 3 Цивільного кодексу (ЦК) України). При цьому зміст цього принципу витікає із положень ст. 267 ЦК України і полягає у праві осіб бути 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 [10]. Аналізуючи цю норму, С.С. Немченко зазначає, що указаний принцип виражається в таких основних положеннях. Насамперед сторони цивільних правовідносин самі визначають, укласти їм договір чи ні та з ким із партнерів вступати в договірні правовідносини, тобто вибір контрагента договору й вирішення питання про встановлення договірних відносин, за ЦК України, вирішується самими сторонами договору [6, с. 101]. Більш розгорнуту характеристику змісту принципу свободи договору дає А.В. Луць: «свобода договору, окрім можливості вибору контрагента та визначення змісту договору, включає також: а) вільний вияв волі особи на вступ у договірні відносини; б) свободу вибору сторонами форми договору; в) право сторін укладати як договори, передбачені законом, так і договори, які законом не передбачені, але йому не суперечать; г) право сторін за своєю згодою змінювати, розривати або продовжувати дію укладеного ними договору; г) право сторін визначати способи забезпечення договірних зобов'язань; д) право встановлювати відповідальність за порушення договірних зобов'язань тощо. Зазначені аспекти договірної свободи закріплені іншими положеннями цивільного законодавства, але в узагальненому вигляді мають розкривати зміст поняття свободи договору» [5, с. 11].

Проте, виходячи із загальних положень, що свобода однієї особи обмежується свободою іншої, щодо свободи договору це застосовується у встановленні законодавством певних обмежень (заборон). Наприклад, відповідно до ЗУ «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» від 06.02.2018 р. корпоративний договір може передбачати умови або порядок визначення умов, на яких

учасник має право або зобов'язаний купити або продати частку у статутному капіталі (її частину), а також визначати випадки, коли таке право або обов'язок виникає (ст. 7); учасник товариства, який має намір продати свою частку (частину частки) третій особі, зобов'язаний письмово повідомити про це інших учасників товариства та поінформувати про ціну та розмір частки, що відчужується, інші умови такого продажу. Якщо жоден з учасників товариства протягом 30 днів з дати отримання повідомлення про намір учасника продати частку (частину частки) не повідомив письмово учасника, який продає частку (частину частки), про намір скористатися своїм переважним правом, вважається, що такий учасник товариства надав свою згоду на 31 день з дати отримання повідомлення, і така частка (частина частки) може бути відчужена третій особі на умовах, які були повідомлені учасникам товариства. Якщо учасник товариства, який має намір продати свою частку (частину частки) третій особі, отримав від іншого учасника письмову заяву про намір скористатися своїм переважним правом, такі учасники зобов'язані протягом одного місяця укласти договір купівлі-продажу пропонуваної до продажу частки (частини частки). У разі ухилення продавця від укладення договору купівлі-продажу покупець має право звернутися до суду із позовом про визнання договору купівлі-продажу частки (її частини) укладеним на запропонованих продавцем умовах. У разі ухилення покупця від укладення договору купівлі-продажу продавець має право реалізувати свою частку третій особі на раніше повідомлених учасникам товариства умовах (ч. 3, 4 ст. 20) [9].

Отже, якщо учасник товариства з обмеженою або додатковою відповідальністю бажає продати належну йому частку (частину частки) в статутному капіталі товариства, його право на вільний вибір обмежене переважним правом купівлі, яке мають інші учасники товариства.

У процесі вибору майбутнього договору базовим критерієм має бути мета, тобто спільне бажання сторін до настання певних юридичних наслідків. Як визначає Д.А. Євдокимов, таке бажання сторін, а отже, і юридична мета договору, є своєрідним спільним знаменником, окресленим у результаті узгодження первовихідних інтересів сторін [2]. Наприклад, набуття речових прав може бути реалізовано та юридично закріплено у різних договорах (купівлі-продажу, оренди тощо). При цьому законодавець не нав'язує сторонам, який саме механізм такого набуття (тобто вид договору) необхідно застосувати в конкретному випадку. Рішення про це приймають самі сторони.

Базовим правилом, що дозволяє сторонам укласти договори, не передбачені цивільним законодавством, є положення ст. 6 ЦК України, де визначено, що сторони мають право укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства. Сторони мають право врегулювати у договорі, який передбачений актами цивільного законо-

давства, свої відносини, які не врегульовані цими актами. Сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Проте ця ж стаття містить і певні обмеження принципу свободи договору, що є доцільним з вищевикладених міркувань: «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» [10].

Отже, принцип свободи договору дозволяє сторонам обирати вид договору, який регулюватиме їхні відносини. При цьому вони можуть обрати договір, що передбачений законом (так звані поіменовані договори) або ЦК України (Розділ III. Окремі види зобов'язань) або іншим нормативно-правовим актом (ЗУ «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.1991 р.; ЗУ «Про інвестиційну діяльність» від 18.09.1991 р. тощо [8]), а також на підставі вищевказаної норми ст. 6 ЦК України і ст. 11 ЦК України про те, що цивільні права та обов'язки виникають із дій осіб, які не передбачені цивільним законом, але за аналогією породжують цивільні права та обов'язки [10], укласти договір, що прямо не передбачений у законодавстві (непойменованій). Укладення таких договорів, за визначенням Ю.В. Цюкало, є результатом автономної правотворчості сторін, що здійснюється на засадах аналогії закону та аналогії права. У цьому разі обов'язковим є дотримання загальних умов укладення договору та неприпустимість суперечності його моральному засадам суспільства [11, с. 209]. Гарантією стабільності таких договірних відносин мало слугувати положення проекту ЦК України про те, що якщо після укладення договору прийнятий закон або інший нормативно-правовий акт, який встановлює інші правила, ніж ті, що ними керувалися сторони під час укладення договору, умови раніше укладеного договору зберігають чинність. Проте у тексті чинного ЦК України ця норма відсутня.

Досліджуючи право сторін на укладення договору, не передбаченого законом, як один з елементів свободи договору, Р.А. Лідовець визначає, що розробка сторонами проекту договору за принципом (*tabula rasa*) «чистої дошки» спричиняє значні труднощі. По-перше, затягується оформлення договірних відносин через необхідність витрачання значного часу для узгодження складу та змісту окремих договірних умов. Хоча і це не гарантує відсутність прогалин у договорі, які нелегко усунути в подальшому. По-друге, активна сторона в такому договорі (та, яка має передати продукцію, виконати роботу, надати послуги) безумовно займає більш сильну позицію щодо пасивної сторони (тієї, в якій виникає потреба в продукції, роботах, послугах). Особливе значення під час укладення таких договорів має те, що держава втрачає можливість здійснювати характерні їй функції організатора обігу, зокрема, надавати споживачам гарантії від вияву монопольних

тенденцій з боку їх контрагентів-постачальників, підрядників та ін. [4, с. 98].

Одним із найбільш ефективних напрямів подолання вказаних проблем є розробка уповноваженими органами, досвідченими фахівцями значної кількості типових і примірних договорів, що укладаються в цивільному обігу.

При цьому у вчених немає єдиної точки зору щодо реалізації принципу свободи під час укладання непойменованих (безіменних) договорів, зокрема, які норми і в якій послідовності мають до них застосовуватися. Найбільш обґрунтовано свої позиції виклали: 1. І.Б. Новицький. Вважає, що до безіменних договорів слід застосовувати загальні положення зобов'язального права і, крім того, в певних випадках і в певних частинах можуть бути застосовані норми, встановлені законом для типових договорів. Питання ж, які не можуть бути вирішені таким способом, мають вирішуватися на основі загальних начал законодавства [7, с. 103]. 2. О.С. Йоффе. На його думку, «під час укладення дуже специфічного договору, який охоплюється одним із закріплених у законі договірних типів, він буде підкорятися правилам про договір цього типу. І лише коли формується таке, що не суперечить закону, але й ним не передбачене зобов'язання нового типу, його нормативне регулювання здійснюється за аналогією закону або в певних випадках за аналогією права» [3, с. 38]. 3. М.І. Брагінський та В.В. Вітрянський. Вважають, що у цьому разі йдеться про щось проміжне між безіменними та поіменованими договорами. Договори, які являють собою різновид урегульованого законом типу, володіють ознаками поіменованих договорів. Вся справа лише в певній деталізації конкретного поіменованого договору [1, с. 404].

На наш погляд, слід дотримуватися такої позиції. Договором, не передбаченим законом, має бути визнаний договір, щодо якого відсутня врегульованість не лише виду, але й відповідного йому типу. І тоді для реалізації принципу свободи під час укладання таких договорів необхідно застосовувати перш за все норми схожого типу договорів (аналогія закону), а за його відсутності – норми, що регулюють цивільно-правові договори в цілому. Якщо аналогія закону і загальні норми зобов'язального (договірної) права не дають бажаних результатів, тоді необхідно використати аналогію права, тобто застосовувати норми, виходячи із загальних начал і змісту цивільного законодавства.

Висновки і пропозиції. ЦК України як кодифікований акт цивільного законодавства, інші нормативно-правові акти, норми яких становлять інститут договірної права, не можуть містити вичерпного

переліку всіх видів договорів, що відповідають потребам суспільного життя. Тому існують договори, не передбачені законодавством (безіменні), що потребують правової регламентації.

Разом із тим важливо підкреслити, що свобода договору загалом і свобода укладення договору зокрема не може бути абсолютною. Тому закон встановлює певні межі свободи договору, щоб вільне волевиявлення сторін учасників договору не порушувало інтересів інших осіб, суспільства та держави.

Враховуючи ці положення, реалізація принципу свободи під час укладання договору, не передбаченого законом, має базуватися на аналогії закону, тобто застосуванні норм схожого типу договорів, або аналогії права, тобто застосуванні норм, виходячи із загальних начал і змісту цивільного законодавства. Це положення має бути закріплене у ЦК України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ

1. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. Изд. 3-е, стереотипное. Москва : «Статут», 2001. 848 с.
2. Євдокимов Д. Свобода договору та її обмеження в цивільному праві України. *Юридичний журнал*. № 5. 2008. URL: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2931>.
3. Йоффе О.С. Обязательственное право. Москва : Юрид. лит, 1975. 880 с.
4. Лідовець Р.А. Право сторін на укладення договору, не передбаченого законом, як один з елементів свободи договору. *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України* : збірник наукових статей. Випуск XI. Івано-Франківськ, 2003. С. 97–103.
5. Луць А.В. Свобода договору в цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2001. 20 с.
6. Немченко С.С. Принцип свободи договору – головний принцип договірних відносин у цивільному праві. *Проблеми цивільного та господарського права*. 2014. № 3. С. 101–103.
7. Новицький І.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. Москва : Юрид. лит, 1950. 412 с.
8. Про зовнішньоекономічну діяльність : Закон України від 16.04.1991 р. № 959-ХІІ. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1991. № 29. Ст. 377; Про інвестиційну діяльність : Закон України від 18.09.1991 р. № 1560-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 47. Ст. 646.
9. Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю : Закон України від 06.02.2018 р. № 2275-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 13. Ст. 69.
10. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV. *Офіційний вісник України*. 2003. № 11. Ст. 461.
11. Цюкало Ю.В. Щодо розуміння свободи договору: теоретико-прикладний аспект. *Часопис Київського університету права*. 2013. № 1. С. 209–212.

Гамбург І.А., Гамбург С.Л. РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ СВОБОДИ ПІД ЧАС УКЛАДАННЯ ДОГОВОРУ, НЕ ПЕРЕДБАЧЕНОГО ЗАКОНОМ

У статті визначені основні проблеми реалізації принципу свободи під час укладання договору, не передбаченого законом. При цьому з'ясовано сутність та зміст свободи договору, що полягає в праві осіб бути вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог Цивільного кодексу України, інших актів законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Свобода договору також реалізується у праві вільного вияву волі особи на вступ у

договірні відносини, свободі вибору сторонами форми договору, праві сторін за своєю згодою змінювати, розривати або продовжувати дію укладеного ними договору, праві сторін визначати способи забезпечення договірних зобов'язань тощо. Проте, виходячи із загальних положень, що свобода однієї особи обмежується свободою іншої, щодо свободи договору це застосовується у встановленні законодавством певних обмежень (заборон). Наголошено, що принцип свободи договору дозволяє сторонам обирати вид договору, який регулюватиме їхні відносини, або договір, що передбачений законом (так звані поіменовані договори згідно з найменуванням глав Цивільного кодексу України, відповідних положень інших нормативно-правових актів), або договір, що прямо не передбачений у законодавстві (непойменованій), але породжує цивільні права та обов'язки, певні юридичні наслідки. Зроблено висновок, що для реалізації принципу свободи під час укладання договорів, не передбачених законом, необхідно застосовувати перш за все норми схожого типу договорів (аналогія закону), а за його відсутності – норми, що регулюють цивільно-правові договори в цілому. Якщо аналогія закону і загальні норми зобов'язального (договірного) права не дають бажаних результатів, тоді необхідно використати аналогію права, тобто застосовувати норми, виходячи із загальних начал і змісту цивільного законодавства.

Ключові слова: свобода договору, цивільне законодавство, укладання договору, права та обов'язки, межі свободи.

Hamburh I.A., Hamburh S.L. IMPLEMENTATION OF THE PRINCIPLE OF FREEDOM IN CONCLUSION OF A CONTRACT NOT PROVIDED FOR BY LAW

The article identifies the main problems of implementing the principle of freedom when concluding a contract not provided for by law. In doing so, the essence and content of the freedom of the contract, which is the right of persons to be free to conclude the contract, the choice of the contractor and the definition of the terms of the contract, taking into account the requirements of the Civil Code of Ukraine, other acts of law, customs of business, the requirements of reason and fairness, are clarified. Freedom of contract is also exercised in the right of free expression of the will of the person to enter into contractual relations, freedom of choice by the parties of the form of the contract, the right of the parties by their consent to change, terminate or continue the validity of the contract made by them, the right of the parties to determine the ways of securing the contractual obligations, the right to establish responsibility for breach of contractual obligations and others. However, on the basis of the general provisions that the freedom of one person is limited by the freedom of another, the freedom of contract applies in the setting by law of certain restrictions (prohibitions). Examples are given of current national legislation, which sets certain restrictions (prohibitions) on the implementation of the principle of freedom of contract. It is emphasized that the principle of freedom of contract allows the parties to choose the type of contract that will regulate their relations – either the contract stipulated by law (the so-called named contracts under the name of the heads of the Civil Code of Ukraine, relevant provisions of other normative legal acts, for example, the Laws of Ukraine “On Foreign Economic Activity”, “On Investment Activity” and others), or the contract that is not expressly provided for by law (unnamed), but it does give rise to civil rights and obligations, with certain legal consequences. Positions of domestic and foreign scientists of the past and present concerning the peculiarities of realization of the principle of freedom in concluding contracts not provided by law are presented (M.I. Braginsky, V.V. Vitryansky, O.S. Yeoffe, I.B. Novitsky, A.V. Luts and others). It is concluded that for the implementation of the principle of freedom in the conclusion of contracts not provided for by law, it is necessary to apply above all the rules of a similar type of contracts (analogy of the law), and in its absence – the rules governing civil contracts in general. If the analogy of law and the general rules of binding (contractual) law do not produce the desired results, then it is necessary to use an analogy of law, that is, to apply the rules based on the general principles and content of civil law. It is recommended that the Civil Code of Ukraine introduce the relevant provisions defining the peculiarities of implementation of the principle of freedom in the conclusion of contracts not provided for by law.

Key words: freedom of contract, civil law, contracting, rights and obligations, freedom limits.