

## **СВОБОДА ДОГОВОРУ ТА ЇЇ ОБМЕЖЕННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ**

Наукові праці МАУП, 2010, вип. 3(26), с. 254–258

*Переведення економіки України на ринкові засади і саме функціонування ринкового механізму можливі лише за умови, коли основна маса товаровиробників-підприємств, господарських товариств, кооперативів, громадян має свободу господарської діяльності та підприємництва. Результати ж цієї діяльності реалізуються на ринку товарів і послуг здебільшого на договірних засадах. Шлях до ринку супроводжується зрушенням адміністративно-планового впливу держави на діяльність господарюючих суб'єктів і отже, розширюється свобода договору в майнових відносинах, які регулюються нормами цивільного законодавства.*

У договірному процесі первинна автономна воля учасників цивільних відносин до настання певних правових наслідків трансформується в їхню спільну консолідовану волю, яка висловлюється шляхом взаємоузгодженого волевиявлення. Актом такого волевиявлення, що легітимізує та певною мірою навіть сакралізує його, є цивільно-правовий договір.

Укладення договору повинно мати добровільний характер та базуватися виключно на взаємній вільній згоді його рівноправних сторін. Забезпечення сутності договору як домовленості сторін та свободи їхнього волевиявлення від диктату третіх осіб, зокрема органів публічної влади, є основною функцією однієї з фундаментальних засад сучасного цивільного права — принципу свободи договору.

Цивільний кодекс України у ст. 3 прямо проголошує свободу договору однією з головних загальних засад цивільного законодавства. Згідно зі ст. 6 ЦК сторони мають право укласти договір, не передбачений цивільним законом, урегулювати в передбаченому законом договорі свої відносини, не врегульовані ним, а також відступити від положень закону і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Відповідно, ст. 627 ЦК встановлює, що сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні змісту такого договору, а ст. 628 ЦК передбачає можливість укладення змішаних договорів, що складаються з елементів різних договорів.

Існують різні наукові підходи до розуміння структури змісту свободи договору. Це питання донині має дискусійний характер. Однак, на думку Г. Ф. Шершеневича, доцільним є відобразити зміст свободи договору, виокремивши такі її елементи, як свобода укладення договору (включно із свободою вибору контрагента), свобода вибору виду договору, свобода способу укладення (форми) договору та свобода визначення змісту (умов) договору.

Свобода укладення договору полягає в можливості вступу в договірні відносини на основі внутрішнього волевиявлення їх потенційного суб'єкта, тобто сторони договору. В основі такого волевиявлення має знаходитися юридично неушкоджена автономна воля сторони, яка полягає в її бажанні до настання правових наслідків, що можуть бути досягнуті шляхом вступу у відповідні договірні відносини. Наголосимо, що в структурі автономної волі сторони первинним є саме бажання досягти певних правових наслідків (відповідно, й економічних результатів), а бажання укласти конкретний договір має вторинний характер, оскільки вступ у договірні відносини здійснюється не заради нього як такого, а є інструментом реалізації стороною своїх інтересів.

Свобода вибору виду договору надає сторонам можливість обрати прямо передбачений актом цивільного законодавства вид договору, укласти змішаний договір із елементами різних договорів або договір, не передбачений цивільним законо-

давством. Визначальним критерієм, виходячи з якого здійснюється вибір виду майбутнього договору, є юридична мета сторін, тобто їхнє спільне бажання до настання певних наслідків від укладення договору. Таке бажання сторін, а отже і юридична мета договору, є своєрідним спільним знаменником, окресленим у результаті узгодження першовихідних інтересів сторін. Наприклад, набуття речових прав може бути юридично відображене у договорах купівлі-продажу або оренди, однак цивільне законодавство не нав'язує сторонам, який саме механізм такого набуття (тобто вид договору) необхідно застосувати.

У ЦК прямо передбачене і право сторін укласти договір, що містить елементи різних договорів (змішаний договір). До відносин сторін у цьому випадку застосовуються положення цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі. Однак сторони мають право відступити від цієї норми, передбачивши інший порядок регламентації своїх відносин за змішаним договором, тобто замінивши положення акта цивільного законодавства власною домовленістю. Крім цього, відмова від застосування норм ЦК щодо окремих договорів — складових змішаного договору можлива, якщо це випливає з сутності, тобто природи такого договору. Зазначений диспозитивний підхід законодавця ґрунтується на усвідомленні умовно-змодельованого характеру договірних видів, передбачених у ЦК. Як приклад змішаних договорів можна навести інвестиційні договори у сфері будівництва, що містять елементи договорів купівлі-продажу, підряду та позики.

Крім цього, ЦК у ст. 6 передбачає можливість укладення договорів, прямо не передбачених актами цивільного законодавства, за умови їхньої відповідності загальним засадам цивільного законодавства, вимогам розумності та справедливості та звичаям ділового обороту. Таким чином, знаходить свій розвиток положення ст. 11 ЦК 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. Укладення таких договорів є результатом автономної правотворчості сторін, що здійснюється на засадах аналогії закону та аналогії права.

Свобода способу укладення договору означає свободу сторін укласти договір у будь-якій формі, виходячи з того, що договір вважається укладеним при досягненні сторонами згоди його укласти, тобто із засад консенсуалізму [3, 415]. У цьому випадку принцип консенсуалізму тлумачиться як

можливість сторін домовлятися про укладення договору без необхідності виконання будь-яких інших дій, наприклад передачі речі, яка не звільняє сторони від вимог щодо надання їхньому волевиявленню певної форми.

За загальним правилом договір не потребує спеціальної форми і може здійснюватися усно, зокрема шляхом вчинення конклюдентних дій або навіть мовчанням (ст. 205 ЦК). Крім того, відповідно до ст. 639 ЦК договір може бути укладеним у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом. Але сторони за взаємною згодою мають право обрати певну форму, зокрема письмову, навіть якщо вона не встановлена законом. При цьому, якщо сторони домовилися укласти договір у певній формі, він вважається укладеним з моменту надання йому такої форми, навіть якщо законом ця форма для цього виду договорів не вимагається.

Відповідно до ст. 627 ЦК сторони є вільними у визначенні умов договору (його змісту). Змістом договору є його умови (пункти), що визначають права та обов'язки сторін (ст. 628 ЦК). Свобода визначення змісту договору регламентується у ЦК, виходячи з концепції застосування імперативних та диспозитивних норм закону. Імперативні норми застосовуються незалежно від волі сторін, а використання диспозитивних є предметом їхньої автономної волі, тобто розсуду. Відповідно до ст. 628 ЦК умови договору поділяються на такі, що визначені на розсуд сторін і узгоджені ними, і такі, що є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства. Умови, що можуть бути визначені сторонами на власний розсуд, складаються з тих, що стосуються не врегульованих у законі відносин та тих, що визначені в законі, але від яких сторони мають право відступити і врегулювати ці відносини на власний розсуд.

Як вважає С. Д. Цалін, свобода як філософсько-правова категорія має відносний характер, який, зокрема, виявляється в обмеженні її певними чинниками. Свобода договору могла б стати абсолютною лише за умови, що всі акти цивільного законодавства склалися б виключно з диспозитивних і факультативних норм, що є об'єктивно неможливим на сучасному етапі суспільного розвитку. Саме тому цивільне законодавство окреслює її межі, які за своєю природою є виключеннями із загального принципу свободи договору. Як правило, такі обмеження встановлюються в інтересах суспільства, економічно слабшої сторони договору або кредитора [6, 226].

Обмеження свободи договору в суспільних інтересах здійснюється з метою забезпечення прав і законних інтересів усіх учасників цивільних відносин. У судовому порядку недійсним може бути визнано договір, який прямо суперечить нормам законодавства або моралі. Зокрема, згідно зі ст. 6 ЦК сторони не можуть відступити від положень акта цивільного законодавства, якщо він прямо вказує на це, а також якщо обов'язковість для сторін положень закону випливає з його змісту або із суті відносин між сторонами (ст. 6 ЦК).

Економічна та юридична свобода сторін при укладенні договору часто не є зіставними, тому одна зі сторін під впливом суто економічних чинників (товарного дефіциту, відсутності здорової конкуренції) буде вимушена погоджуватися на запропоновані їй умови, незважаючи на її право не приймати подібну оферту.

Саме у цих випадках законодавець відступає від принципу формальної рівності сторін договору, надаючи за належних передумов певні переваги його економічно слабшій стороні при укладенні, зміні або розірванні договору та визначенні його змісту. Наприклад, договір приєднання протистоїть договору із вільно узгодженими умовами, оскільки у визначенні його умов бере участь лише один із контрагентів, тоді як інша сторона може укласти договір лише повним і безумовним приєднанням до нього. Деякі дослідники взагалі вважали формуляри (тобто договори приєднання) квазідоговорами, виходячи з відсутності узгодження між сторонами змісту договору, який натомість визначається лише однією зі сторін [4, 242].

Оскільки умови класичного договору узгоджуються і встановлюються всіма його учасниками, цивільне законодавство встановлює додаткові гарантії прав сторони, що приєднується. Зокрема, їй надається можливість вимагати розірвання чи зміни договору, якщо він позбавляє її прав, що зазвичай надаються за договорами такого типу, виключає чи обмежує відповідальність іншої сторони за порушення зобов'язання або містить інші, явно обтяжуючі для сторони, що приєдналась, умови, які вона, виходячи із своїх інтересів, не прийняла б у випадку своєї участі в формуванні договірних умов. Однак з метою виключення можливості зловживання своїми правами стороною, що приєдналась, ст. 634 ЦК покладає на неї обов'язок доведення неприйнятності для неї таких умов.

Яскравим прикладом обмеження свободи договору в інтересах кредитора може слугувати ін-

ститут способів забезпечення зобов'язань. Деякі з них, як-от неустойка і завдаток, спрощують використання майнових стимулів, інші призводять до появи додаткового боржника (порука і банківська гарантія) або замінюють довіру до особи боржника довірою до речі, як-от застава і притримання [5, 18].

Очевидно, що виходячи із принципу свободи договору, сторони мають право на підставі взаємного узгодженого волевиявлення і самостійно встановити обмеження своєї договірної свободи, наприклад у попередньому договорі або договорі на користь третьої особи.

Доцільно розглянути обмеження свободи договору на прикладі її окремих елементів. Зокрема, обмеження свободи укладення договору можуть бути розподілені на негативні, які встановлюють неможливість укладення договору між певними суб'єктами, та позитивні, що встановлюють обов'язкове укладення договорів та/або включення до них певних умов.

Обмеженням свободи укладення договору є покладення на певну особу обов'язку укласти його у встановлених законом випадках. Таким чином, здійснюється виняток із принципу недопустимості примусу до укладення договору не інакше, як у судовому порядку. Прикладами обов'язкових договорів можна вважати публічний договір, основний договір, укладений на виконання попереднього, договір з особою, що виграла торги, договори поставки чи підяду для державних потреб, соціальної оренди житлових приміщень, банківського рахунку, договір, заснований на державному замовленні.

Публічним є договір, укладений з комерційною організацією, що встановлює її обов'язки з продажу товарів, виконанню робіт чи наданню послуг, які така організація за характером своєї діяльності повинна надавати їх кожному, хто до неї звернувся (ст. 633 ЦК). Такій комерційній організації забороняється надавати переваги окремим особам при укладенні публічного договору, встановлювати неоднакові ціни для своїх споживачів (крім окремих категорій громадян), а при необґрунтованому ухиленні від укладення публічного договору споживач може примусити її до цього або вимагати відшкодування завданих таким ухиленням збитків у судовому порядку.

До публічних договорів можна віднести договори купівлі-продажу, прокату, енергопостачання, побутового підяду, перевезення транспортом загального користування, банківського вкладу з громадянином, зберігання товарів на складі

загального користування, зберігання у камерах зберігання транспортних організацій, особистого страхування, договори про надання готельних, туристичних, медичних послуг, послуг зв'язку тощо.

Обмеження свободи сторін обирати вид договору, як правило, випливають із природи відносин, що регламентуються відповідними договорами, та їхнього суб'єктного складу. Зокрема, гарантом, як учасником договору банківської гарантії, може бути банк або інша фінансова організація; кредитором за кредитним договором, що виконується за рахунок так званих залучених коштів, може бути лише кредитна організація; фінансовим агентом за договором факторингу може бути лише спеціалізована організація; укладати договір банківського внеску можуть лише банки; страхувальниками за договорами страхування можуть бути лише спеціалізовані страхові організації. Укладення зазначених договорів неналежними суб'єктами є об'єктивно неможливим, а такі договори — нікчемні. Крім цього, відповідність обраного сторонами виду договору його задекларованим цілям забезпечується через інститути фіктивних (ст. 234 ЦК) та удаваних (ст. 235 ЦК) правочинів. Наприклад, у ролі фіктивного правочину, вчиненого без наміру досягнення правових наслідків, може виступати договір купівлі-продажу без наміру передати річ у власність, а удаваним правочиним, укладеним для приховання іншого правочину, може бути договір оренди, який фактично є договором застави.

Свободу сторін обирати спосіб укладення (форму) договору обмежено обов'язковістю письмової форми договору, а також його нотаріального посвідчення та державної реєстрації у прямо передбачених законом випадках та допустимістю його укладення шляхом мовчання лише у випадках, прямо передбачених законом або угодою сторін.

Інший виняток із загального правила про вільну форму договору щодо господарських договорів встановлено у Господарському кодексі України. Тоді коли укладення господарського договору на основі вільного волевиявлення сторін може відбуватися у спрощений спосіб (не в формі єдиного документа), укладення господарських договорів на основі примірних і типових договорів має здійснюватися не інакше, як шляхом викладення договору у вигляді єдиного документа (ст. 184 ГК).

Обмеження свободи сторін договору у визначенні його умов виникають при укладенні типових і приблизних договорів, договору приєд-

нання, попереднього договору або договору на користь третьої особи.

Норма про використання типового договору є диспозитивною, а отже, його використання проводиться за волею сторін, вираженою у цивільному договорі. Відповідно до ст. 630 ЦК договором може бути передбачено, що його окремі умови визначаються відповідно до типових умов договорів певного виду, оприлюднених у встановленому порядку. Якщо використання типових договорів не передбачене у договорі, вони можуть застосовуватися і як звичай ділового обороту. Ст. 637 ЦК передбачає, що для тлумачення умов договору можуть використовуватися типові договори, навіть якщо в самому договорі відсутнє посилення на них. Таким чином, положення типових договорів можуть застосовуватись незалежно від умов цивільно-правового договору.

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.

Відповідно до ст. 635 ЦК попереднім є договір, сторони якого зобов'язуються протягом певного строку укласти договір у майбутньому (основний договір) на умовах, встановлених попереднім договором. Однак договір про наміри, і, зокрема, протокол про наміри, в якому відсутнє узгоджене волевиявлення сторін щодо надання йому сили попереднього договору, таким не вважається. Таким чином, набуває розвитку норма ст. 626 ЦК про договір як домовленість та ст. 627 ЦК про волевиявлення сторін як обов'язкова складова свободи договору.

У договорі на користь третьої особи боржник є зобов'язаним перед визначеною або невизначеною договором третьою особою (ст. 636 ЦК). У 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 зі сторін. Однак таке обмеження також відбувається за узгодженим волевиявленням сторін, які погоджуються на нього при укладенні відповідного договору на користь третьої особи.

Крім цього, спеціальні обмеження свободи визначення умов договору встановлює і ГК, пе-

редбачаючи типові та примірні господарські договори, договори приєднання та договори на основі державного замовлення (ст. 179 ГК). Зміст примірного господарського договору визначається сторонами на основі орієнтовних умов, рекомендованих органом управління, окремі з яких сторони мають право за взаємною згодою змінювати або доповнювати. Сторони типового господарського договору, затвердженого Кабінетом Міністрів України або іншим органом державної влади, не можуть відступити від його змісту, але мають право конкретизувати його, а сторона, що вступає до договору приєднання, не має права наполягати на зміні його умов. До того ж, зміст договору, що укладається на виконання державного замовлення, має відповідати такому замовленню.

Отже, принцип свободи договору як один із загальних засад цивільного законодавства декларується в ст. 3 Цивільного кодексу України, згідно з якою сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору, а отже сторони мають також право укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства. Сторони мають право врегулювати у договорі, який передбачений акта-

ми цивільного законодавства, свої відносини, які не врегульовані цими актами.

Але здійснення особами цивільних прав певним чином обмежується. Ст. 627 ЦКУ, наголошуючи на свободі договору, застерігає, що під час укладення договору враховуються обмеження, встановлені вимогами ЦКУ, інших актів цивільного законодавства, з урахуванням звичаїв ділового обігу, вимог розумності та справедливості.



## Література

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. (із змінами, внесеними згідно із Законом № 980-IV від 19.06.2003 р.).
2. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р.
3. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: общие положения — М.: Статут, 1997. — 681 с.
4. Граве К., Лунц Л. Страхование. — М.: Госюриздат, 1960. — 175 с.
5. Танага А. Н. Принцип свободы договора в гражданском праве России. — СПб: Юрид. центр Пресс, 2003. — 238 с.
6. Цалін С. Д. Принцип свободи волі в історії соціальної філософії та філософії права. — Х.: Основа, 1998. — 315 с.
7. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (за виданням 1907 року). — М., 1995. — 282 с.

*Свобода договору в цивільному праві означає можливість сторін на основі взаємного узгодженого волевиявлення вільно укласти договір, обирати його вид та спосіб укладення, а також визначати зміст такого договору.*

*Її відносний характер виявляється у наявності певних обмежень, зумовлених інтересами суспільства, однієї зі сторін чи третьої особи або узгоджених самими сторонами договору. Такі обмеження договірної свободи окреслено на втілення загальних принципів цивільного права — справедливості, розумності та добросовісності.*

*Свобода договора в гражданском праве означает возможность сторон на основе взаимного согласованного волеизъявления свободно заключать договор, выбирать его вид и способ заключения, а также определять содержание такого договора.*

*Ее относительный характер проявляется в наличии определенного рода ограничений, обусловленных интересами общества, одной из сторон или третьего лица или согласованных самими сторонами договора. Такие ограничения договорной свободы направлены на внедрение общих принципов гражданского права — справедливости, разумности и добросовестности.*

*Thus, freedom of contract in civil law means the possibility of parties based on mutually agreed upon contract will freely and choose his type and method of making, and determine the content of such contract.*

*Her character appears in the relative availability of certain limitations due to the interests of society, a party or a third person or agreed by the parties themselves. Such restrictions on freedom of contract outlines the implementation of general principles of civil law — justice, rationality and integrity.*

Надійшла 15 вересня 2010 р.