

НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ НАУК УКРАЇНИ
ДЕРЖАВНА УСТАНОВА
«ІНСТИТУТ ЕКОНОМІКО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ
ІМЕНІ В.К. МАМУТОВА
НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ НАУК УКРАЇНИ»

Кваліфікаційна наукова праця
на правах рукопису

УСТИМЕНКО АЛІНА ВЯЧЕСЛАВІВНА

УДК 347.4

ДИСЕРТАЦІЯ

ОБМЕЖЕННЯ ДІЇ ПРИНЦИПУ СВОБОДИ ДОГОВОРУ В
ГОСПОДАРСЬКИХ ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ

12.00.04 – господарське право; господарсько-процесуальне право
(081 – Право)

Подається на здобуття наукового ступеня доктора філософії у галузі права

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей,
результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело

_____ Аліна УСТИМЕНКО

(підпис, ініціали та прізвище здобувача)

Науковий керівник –
Олюха Віталій Георгійович,
доктор юридичних наук, доцент

Київ – 2023

АНОТАЦІЯ

Устименко А. В. Обмеження дії принципу свободи договору в господарських зобов'язаннях. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право» (081 – Право). – Державна установа «Інститут економіко-правових досліджень імені В.К. Макутова Національної академії наук України» НАН України, Київ, 2023.

У дисертації запропоновано нове вирішення проблеми місця та ролі свободи договору в господарському праві. Обґрунтовуються теоретичні положення щодо особливостей змісту договірної свободи в господарському обороті, окреслюються межі даного принципу та з'ясовуються підстави обмеження, зокрема в сфері надання банківських послуг. Банківський сектор економіки обраний не випадково. Стабільність та ефективність банківської системи – одна з головних умов розвитку економіки, та її стійкості перед кризовими явищами. Що набуває найбільшого актуалітету сьогодні – в умовах військової інтервенції РФ на територію України, яка стала потужним дестабілізатором для економіки нашої держави. В роботі також сформульовані пропозиції з вдосконалення вітчизняного законодавства в цій сфері.

Основна частина дисертації містить вступ, три розділи, що об'єднані у вісім підрозділів та висновки. У Розділі 1 «Загальнотеоретичні основи свободи договору в господарському праві України» проаналізовані наявні в науковій літературі та законодавстві України визначення поняття «свобода договору». Проведений комплексний аналіз на різних рівнях: доктринальному, законодавчому, лексико-семантичному, а також в процесі історичного розвитку. В роботі розглядається підхід до закріплення принципу свободи договору в національному законодавстві країн ЄС. Це дозволило класифікувати акти, якими закріплюється свобода договору в порівнюваних країнах: за юридичною силою акту та за ступенем конкретизації. За юридичною силою виділяються: конституційний рівень, рівень кодифікованого акту; прецедентний рівень. Конституційний та прецедентний рівні в більшості випадків взаємопов'язані, а суть такої техніки полягає у розумінні

договірної свободи крізь призму основоположного конституційного права – свободи вільно діяти, свободи вираження особистості тощо; а також у наявності додаткового роз'яснення суду конституційної інстанції. За ступенем конкретизації виділяється: чіткий перелік правомочностей у договірному процесі; загальне визначення; визначення неконкретизоване, проте виводиться із загальної законодавчої маси; визначення регулюється прецедентним правом.

Свобода договору в роботі досліджується через призму свободи волі, яка в свою чергу є окремим об'єктом дослідження в аналітичній філософії. Саме за допомогою антропологічного підходу, який у цьому дослідженні представлений надбаннями нейронаук, аналітичної філософії, можливо надати нову оцінку природі договірної свободи. Було досліджено співвідношення двох концептів, які являються предметом багатьох дискусій в світовій філософській спільності та серед представників нейронаук: свобода волі та об'єктивна необхідність (детермінізм). На цій основі була обґрунтована теза про те, що договірна свобода має розглядатися як синтез свободної волі та необхідності. Це означає, що існує певний баланс об'єктивності (зовнішньої обумовленості) та суб'єктивності (свободи). Тобто рішення та дії особи обумовлюються як об'єктивними, такими, що від неї не залежать, так і сферою повної свободи, що залишається факторами об'єктивності без контролю.

Вказується, що правова природа свободи господарського договору характеризується тісним поєднанням диспозитивних та імперативних методів. Таке формулювання досить точно описує господарський правопорядок, який формується на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання та державного регулювання.

В роботі також досліджується правило *contra proferentem*, а також формуються пропозиції щодо його законодавчого закріплення. Доводиться, що дисбаланс у договірному процесі може існувати не лише за участю споживача або непрофесіонала – «слабкої» сторони, а й коли сторони рівні у переговорних можливостях. Застосування судами *contra proferentem* має на меті з'ясування

істинної волі сторін, а тому може використовуватись як в споживчих, так і в комерційних договорах.

У Розділі 2 «Межі дії принципу свободи договору в господарському праві України» проаналізовані підстави обмеження договірної свободи, якими, перш за все, виступають відмінності у господарсько-правовому та цивільно-правовому вираженні економічного обороту; різна правова природа цивільно-правового та господарського договорів; узгодження приватноправових та публічно-правових методів регулювання. На цій основі було аргументовано доцільність розуміння свободи договору та її обмежень в господарському праві як основу економічної моделі вільного ринку в рамках теорії порядків (взаємодія ліберального (ринкового), державного та громадського порядків), а не індивідуальних прав. Окремо досліджуються втручання держави в економічні відносини в умовах кризових явищ, зокрема, військового стану та світової економічної кризи, викликані поширенням коронавірусної хвороби COVID-19.

В роботі зазначається, що в умовах ринку свобода господарського договору має розглядатися як основа економічної моделі, а не лише у якості суб'єктивного права чи принципу.

В дослідженні систематизовано та класифіковано різні види обмежень свободи договору в господарському праві, а саме: загальні (нормативні) та індивідуальні; формалізовані та неформалізовані; а також запропоновано додаткову ознаку – рівність переговорних можливостей.

Зазначається, що зобов'язання укласти господарський договір за своєю правовою природою є скоріше способом захисту, ніж обмеженням свободи договору. Він є тим господарсько-правовим інструментом на переддоговірній стадії, що дозволяє забезпечити правовий господарський порядок з одночасним урахуванням інтересів усіх учасників у сфері господарювання.

В Розділі 3 «Обмеження свободи договору в окремих публічних зобов'язаннях суб'єктів господарювання» досліджуються договірні відносини банку та споживача фінансових послуг. Розрізняється договір як обов'язковий інструмент, який опосередковує правовідносини, що склалися на виконання вимог

закону (публічні зобов'язання); та договір як підстава виникнення господарсько-договірного зобов'язання. Зазначається, що для публічних зобов'язань характерним є не тільки наявність суб'єкта господарювання, а й ще одного спеціального учасника – споживача. Співвідносяться поняття «користувач платіжної послуги», «споживач платіжної послуги» та «клієнт банку». Наголошується, що режим публічного договору має поширюватись на усі договірні відносини у сфері надання банківських послуг за участі фізичної особи.

Досліджено відносини Фонду гарантування вкладів фізичних осіб та вкладника під час перевірки договорів банківського вкладу (депозиту) на предмет нікчемності. Систематизовано наявні підходи у правових позиціях ВС щодо правової природи спорів за участю Фонду гарантування вкладів фізичних осіб та вкладників.

Практичне значення одержаних результатів полягає у тому, що вони можуть бути використані: у законотворчій діяльності – при внесенні змін та доповнень до Господарського кодексу України та інших законодавчих і підзаконних нормативно-правових актів; у правозастосовній діяльності та судовій практиці – при вирішенні договірних спорів, сторонами яких є суб'єкти господарювання та споживачі банківських послуг; у науково-дослідницькій роботі.

Дисертація супроводжується проектом Закону України «Про внесення змін до Господарського кодексу України» (Додаток А).

Правовий результат дисертаційного дослідження використовується у діяльності Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини (Додаток Б), а також у діяльності місцевого суду загальної юрисдикції в частині захисту прав споживачів банківських послуг (Додаток В).

Ключові слова: свобода договору, індивідуальні права, обмеження, втручання, підстави обмеження свободи договору, господарський порядок, вільний ринок, саморегуляція, державне регулювання, господарський договір, господарське зобов'язання, публічні зобов'язання суб'єктів господарювання, банківський сектор економіки, банківські послуги.

НАУКОВІ ПРАЦІ, В ЯКИХ ОПУБЛІКОВАНІ ОСНОВНІ НАУКОВІ РЕЗУЛЬТАТИ ДИСЕРТАЦІЇ:

Статті у фахових наукових виданнях України

1. Устименко А.В. Обмеження принципу свободи договору у сфері надання банківських послуг. *Економіка та право*. 2020. № 3 (58). С. 91-100.
2. Устименко А.В. Діалектичний компроміс між свободою та необхідністю за принципом свободи договору. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 1. С. 132-134.
3. Устименко А.В. Термінологічні колізії у визначенні правового статусу споживача банківських послуг за законодавством України. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2022. № 4. С. 26-31.
4. Устименко А.В. Contra proferentem rule у вітчизняній доктрині договірного права. Відповідність європейським підходам. *Право і суспільство*. 2023. № 1. С. 113-119.

Статті у наукових періодичних виданнях інших країн

5. Устименко А. Свобода договору як основа вільного ринку. На шляху до європейської економічної інтеграції. *Knowledge, Education, Law, Management*. 2022. № 7 (51). С. 186-190.

Матеріали наукових конференцій

6. Устименко А.В. Застосування принципу свободи договору при процедурі виведення неплатоспроможного банку з ринку. *Другі наукові читання пам'яті академіка В.К. Макутова* (м. Київ, 3 липня 2020 р.). Наук. ред. В.А. Устименко. Київ: НАН України; ДУ «ІЕПД імені В.К. Макутова НАН України», 2020. С. 318-323. (Форма участі - заочна).
7. Устименко А.В. Особливості виконання договірних зобов'язань під час дії обмежувальних заходів. *Системи галузей права в умовах глобальних екологічних викликів: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції* (м. Київ, 27 листопада 2020 р.)/ Наук. ред. В.А. Устименко. Київ: НАН України; ДУ «ІЕПД імені В.К. Макутова НАН України», 2020. С. 187-190. (Форма участі - заочна).
8. Ustymenko A. The principle of freedom of contract in public relations. *International Conference on Relationship between public administration and business entities*

management (RPABM) (Таллінн, Естонія, 26 березня 2021 р.). Р. 18. (Форма участі - заочна).

9. Устименко А.В. Скасування Господарського кодексу України: погляд крізь призму теорії наукових революцій Т.Куна. *Треті наукові читання пам'яті академіка В.К. Мамутова* (м. Київ, 20 липня 2021 р.). Наук. ред. В.А. Устименко. Київ-Ірпінь: НАН України; ДУ «ІЕПД імені В.К. Мамутова НАН України», 2021. С. 270-273. (Форма участі - заочна).

10. Устименко А.В. Взаємкореляція свободної волі та необхідності у дискурсі юриспруденції. *Розвиток наукової думки постіндустріального суспільства: сучасний дискурс*: матеріали II Міжнародної наукової конференції (Т.1), м. Дніпро, 8 жовтня 2021р. Вінниця: Європейська наукова платформа, 2021. С. 45-47. (Форма участі - заочна).

ABSTRACT

Ustymenko A. V. Limitation of the principle of freedom of contract in economic obligations. - Qualification Research as the Manuscript.

Thesis for the Degree of Doctor of Philosophy. Specialty 12.00.04 – economic law, economic procedural law (081 – Law). – State organization «V. Mamutov Institute of Economic and Legal Research of the National Academy of Sciences of Ukraine» of the NAS of Ukraine, Kyiv, 2023.

The thesis proposes a new solution to the problem of the place and role of the freedom of the contract in economic law by substantiating theoretical provisions concerning the peculiarities of its content in economic turnover, drawing the limits of this principle and clarifying the grounds for limitation, in particular in the sphere of rendering banking services. The banking sector of the economy is not chosen by chance. The efficiency of the banking system is one of the main conditions for the development of the economy, and its stability before the crisis. What is becoming the biggest actualist today – in the conditions of military intervention of the Russian Federation on the territory of Ukraine, which has become a powerful destabilizing factor for the economy of our country. The work also formulated proposals on improvement of domestic legislation in this sphere.

The main part of the dissertation contains the introduction, three sections, which are united in eight divisions and conclusions. In section 1 "General theoretical bases of the freedom of contract in the economic law of Ukraine" the definitions of the concept "freedom of contract" are analyzed in the scientific literature and the legislation of Ukraine. A comprehensive analysis is carried out at different levels: doctrinal, legislative, lexical and semantic, as well as in the process of historical development. The paper considers the approach to enshrining the principle of freedom of contract in the national legislation of the EU countries. This allowed us to classify the acts by which freedom of contract is fixed in the compared countries: by the legal force of the act and by the degree of concretization. Legal force is distinguished: the constitutional level, the level of the codified act; precedent level. The constitutional and precedent levels are in most cases interrelated, and the essence of such a technique is to understand contractual freedom through the prism of the fundamental constitutional law - freedom to act freely, freedom of expression of the individual, etc.; and there is also an additional explanation of the court of constitutional instance. According to the degree of concretization, there is: a clear list of powers in the contractual process; a general definition; the definition is not specific, but is derived from the general legislative mass; definition is governed by case law.

The freedom of the contract in the work is investigated through the prism of freedom of will, which is a separate subject of research in the analytical philosophy. It is through the anthropological approach presented in this study by the hopes of neuroscience, analytical philosophy that it is possible to provide a new assessment of the nature of contractual freedom. The correlation between the two concepts, which are the subject of many discussions in the world philosophical community and among representatives of neuroscience, was studied: Freedom of freedom and objective necessity (determinism). On this basis, the thesis was grounded that contractual freedom should be considered as a synthesis of the sacred will and necessity. This means that there is a certain balance between objectivity (external condition) and subjectivity (freedom). That is, decisions and actions of the individual are conditioned by both objective, such that they do not depend on it, and the sphere of full freedom, which remains the factors of objectivity without control.

It is pointed out that the legal nature of the freedom of the contract is characterized by a close combination of the dispositive and imperative methods. This formulation accurately describes the economic legal order, which is formed on the basis of the optimal combination of market self-regulation and state regulation.

The work also examines the *contra proferentem* rule, and also forms proposals for its legislative consolidation. It is proved that the imbalance in the contractual process can exist not only with the participation of the consumer or non-professional person - the "weak" side, but also when the parties are equal in negotiating opportunities. The use of *contra proferentem* by courts is intended to clarify the true will of the parties, and therefore can be used in both consumer and commercial contracts.

In Section 2 "Limits of the principle of freedom of contract in the economic law of Ukraine" analyzes the grounds for limiting contractual freedom, which, first of all, are differences in the economic-legal and civil-legal expression of economic turnover; different legal nature of civil and commercial contracts; harmonization of private law and public law methods of regulation. On this basis, it was argued that understanding the freedom of the contract and its limitations in economic law as the basis of an economic model of free market within the framework of the theory of orders (interaction of liberal (market), state and public order), rather than individual rights. Separately, the state is examined in economic relations in the conditions of crisis, in particular, military condition and world economic crisis caused by the spread of corona virus disease COVID-19.

The paper notes that the freedom of the contract in the context of economic law should be considered as the basis of the economic model – free market, not only as a right, subjective right or principle.

The study systematizes and classifies various types of restrictions on freedom of contract in economic law, namely: general (normative) and individual; formalized and informal; and also proposed an additional feature - equality of negotiation opportunities.

It is noted that the obligation to conclude an economic contract by its legal nature is more a way of protection than a restriction of the freedom of the contract. It is the economic and legal instrument at the pre-contractual stage, which allows to provide legal

economic order with simultaneous consideration of interests of all participants in the sphere of economy.

In section 3 "Limitations of the freedom of the contract in separate public obligations of economic entities" the contractual relations between the bank and the consumer of financial services are investigated. The agreement is distinguished as a mandatory instrument that supports legal relations that have been made in compliance with the law (public obligations); and the agreement as a basis for the economic and contractual obligation. It is noted that public obligations are characterized not only by the presence of a business entity, but also by another special participant – a consumer. The concept of "payment service user", "payment service consumer" and "bank client" are related. It is stressed that the regime of the public agreement should extend to all contractual relations in the sphere of rendering banking services with the participation of an individual.

The relations of the Deposit Guarantee Fund of individuals and depositors were examined during the check of bank deposit agreements (deposits) for the purpose of liquidity. The existing approaches in the legal positions of the Supreme Court regarding the legal nature of disputes involving the Deposit Guarantee Fund of individuals and depositors are systematized.

The practical significance of the results obtained is that they can be used: In the legislative activity – when changes and additions to the Economic Code of Ukraine and other legislative and subordinate normative-legal acts are made; in law enforcement and judicial practice – in the settlement of contractual disputes, the parties of which are economic entities and consumers of banking services; in research work.

The dissertation is accompanied by the draft Law of Ukraine “On amendments to Commercial Code of Ukraine” (Annex A).

The legal result of the dissertation is used in the activity of the Ukrainian Parliament Commissioner for Human Rights (Annex B), as well as in the activity of the ordinary court in terms of protecting the rights of consumers of banking services (Annex C).

Key words: freedom of the contract, individual rights, limitations, grounds for limitation of the freedom of the contract, economic order, free market, self-regulation, state regulation, economic contract, economic obligations, public obligations of economic entities, banking sector of the economy, banking services.

SCIENTIFIC PUBLICATIONS, WHICH CONTAIN THE MAIN RESULTS OF THE THESIS

Academic papers in professional scientific publications in Ukraine

1. Ustymenko A.V. Obmezhennia pryntsypu svobody dohovoru u sferi nadannia bankivskykh posluh [*Restriction of the principle of contractual freedom in the branch of banking services*]. Ekonomika ta pravo. 2020. No. 3 (58). P. 91-100.
2. Ustymenko A.V. Dialektychnyi kompromis mizh svobodoiu ta neobkhidnistiu za pryntsypom svobody dohovoru [*A dialectical compromise between freedom and necessity based on the principle of freedom of contract*]. Yurydychnyi naukovyi elektronnyi zhurnal. 2022. No. 1. P. 132-134.
3. Ustymenko A.V. Terminolohichni kolizii u vyznachenni pravovoho statusu spozhyvacha bankivskykh posluh za zakonodavstvom Ukrainy [*Terminological collisions in determining the legal status of consumer banking services under Ukrainian legislation*]. Naukovyi visnyk publichnoho ta pryvatnoho prava. 2022. No. 4. P. 26-31.
4. Ustymenko A.V. Contra proferentem rule u vitchyzniansii doktryni dohovirnoho prava. Vidpovidnist yevropeiskym pidkhodam [*Contra proferentem rule in the national contractual doctrine. Compliance with European approaches*]. Pravo i suspilstvo. 2023. No. 1. P. 113-119.

Academic papers in scientific periodicals of other states

5. Ustymenko A. Svoboda dohovoru yak osnova vilnoho rynku. Na shliakhu do yevropeiskoi ekonomichnoi intehtratsii [*Freedom of contract as a basis of the free market. On the way to European economic integration*]. Knowledge, Education, Law, Management. 2022. No. 7 (51). P. 186-190.

Academic papers in scientific conferences

6. Ustymenko A.V. Zastosuvannia pryntsypu svobody dohovoru pry protseduri vyvedennia neplatospromozhnoho banku z rynku [*Application of the principle of freedom*

of contract in the procedure of withdrawal of an insolvent bank from the market]. Druhi naukovi chytannia pamiati akademika V.K. Mamutova (Kyiv, 3 July 2020). Nauk. red. V.A. Ustymenko. Kyiv: NAN Ukrainy; DU «IEPD imeni V.K. Mamutova NAN Ukrainy», 2020. P. 318-323 [in Ukrainian].

7. Ustymenko A.V. Osoblyvosti vykonannia dohovirnykh zoboviazan pid chas dii obmezhuvalnykh zakhodiv [*Peculiarities of the fulfillment of contractual obligations during the action of restrictive measures*]. Systemy haluzei prava v umovakh hlobalnykh ekolohichnykh vyklykiv: materialy Vseukrainskoi naukovo-praktychnoi konferentsii (Kyiv, 27 November 2020)/ Nauk. red. V.A. Ustymenko. Kyiv: NAN Ukrainy; DU «IEPD imeni V.K. Mamutova NAN Ukrainy», 2020. P. 187-190 [in Ukrainian].

8. Ustymenko A. The principle of freedom of contract in public relations. International Conference on Relationship between public administration and business entities management (RPABM) (Tallinn, Estoniia, 26 March 2021). P. 18 [in English].

9. Ustymenko A.V. Skasuvannia Hospodarskoho kodeksu Ukrainy: pohliad kriz pryзму teorii naukovykh revoliutsii T.Kuna [*Abolition of the Economic Code of Ukraine: A view through the prism of the theory of scientific revolutions T. Kun*]. Treti naukovi chytannia pamiati akademika V.K. Mamutova (Kyiv, 20 July 2021). Nauk. red. V.A. Ustymenko. Kyiv-Irpin: NAN Ukrainy; DU «IEPD imeni V.K. Mamutova NAN Ukrainy», 2021. P. 270-273 [in Ukrainian].

10. Ustymenko A.V. Vzaiemokoreliatsiia svobodnoi voli ta neobkhidnosti u dyskursi yurysprudentsii [*Correlation of free will and necessity in the course of legal disputes*]. Rozvytok naukovoï dumky postindustrialnoho suspilstva: suchasnyi dyskurs: materialy II Mizhnarodnoi naukovoï konferentsii (T.1), Dnipro, 8 October 2021. Vinnytsia: Yevropeiska naukova platforma, 2021. P. 45-47 [in Ukrainian].

ЗМІСТ

ВСТУП	14
РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ОСНОВИ СВОБОДИ ДОГОВОРУ В ГОСПОДАРСЬКОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ	23
1.1. Підходи до розуміння свободи договору	23
1.2. Свобода волі як елемент свободи договору	45
1.3. Тлумачення свободи договору через волю та волевиявлення	64
РОЗДІЛ 2. МЕЖІ ДІЇ ПРИНЦИПУ СВОБОДИ ДОГОВОРУ В ГОСПОДАРСЬКОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ	86
2.1. Підстави обмеження договірної свободи у господарському праві України	86
2.2. Класифікація обмежень свободи договору в господарських зобов'язаннях	107
2.3. Спонування до укладення та виконання господарського договору	122
РОЗДІЛ 3. ОБМЕЖЕННЯ СВОБОДИ ДОГОВОРУ В ОКРЕМИХ ПУБЛІЧНИХ ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ	134
3.1. Обмеження принципу свободи договору в сфері надання банківських послуг	134
3.2. Межі дії принципу свободи договору при виведенні неплатоспроможного банку з ринку	157
ВИСНОВКИ	167
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	173
ДОДАТКИ	195

ВСТУП

Обґрунтування вибору теми дослідження. Процес європейської, зокрема, економічної інтеграції України зумовлює рух у бік формування тих умов та складових, на яких базується внутрішній ринок ЄС. Насамперед, це створення внутрішнього економічного простору в рамках ЄС з метою реалізації чотирьох свобод (англ. Four freedoms). Останні були сформульовані ще в Римському договорі 1957 році як характеристики єдиного ринку і засади дедалі тіснішого союзу між державами Європи: вільний рух людей, капіталів, товарів і послуг.

Цим пояснюється відсутність чіткого розмежування між диспозитивними та імперативними методами регулювання суспільних відносин в європейському просторі. Та, найголовніше, відсутня необхідність в такому розмежуванні.

Дослідження концепції свободи договору в умовах ринку породжує нові погляди на проблему визначення місця, ролі та доцільності договірної свободи в господарських зобов'язаннях. Свобода договору в цивільному та господарському обороті виражається по-різному, що може сприйматися як її обмеження в господарських зобов'язаннях. Це, в свою чергу, підштовхує до дослідження свободи договору крізь призму доктрини порядків, а не лише в рамках теорії індивідуальних прав. В контексті взаємодії ринкового, державного та громадського порядків свобода договору набуває іншого значення. В таких умовах свобода договору має розглядатися скоріше як основа економічної моделі – вільного ринку, а не тільки як правомочність, суб'єктивне право чи принцип.

За таких умов регулювання суспільних відносин, що становлять господарський правопорядок, за допомогою загальновідомої максими «що не заборонено – те дозволено» не відповідає правовим реаліям. Саме тому свобода договору в господарському обороті має специфіку у порівнянні із цивільними відносинами.

Тож, справедливо буде говорити про різне значення свободи договору для цивільного та для господарського оборотів. Адже, якщо розглядати економічний оборот крізь цивільно-правову призму, то поза увагою залишаються: наслідки

правочину для учасників ринку; правила функціонування ринкового механізму; недоліки ринку; способи покращення економічної конкуренції тощо.

Наразі в господарському законодавстві відсутні посилання на свободу договору, існують лише непослідовні згадки про вільне волевиявлення під час укладання господарських договорів. Більшість вчених підтримують таку позицію – недоцільності автономного закріплення принципу свободи договору в ГК України. Серед низки причин можна виділити найголовніші: пріоритет у регулюванні господарських відносин надається закону, а не договору; свобода договору має розумітися однаково і для господарсько-договірних зобов'язань, з урахуванням положень статті 175 ГК України; нераціональність дублювання положень ЦК України тощо.

Водночас такі аргументи можуть бути виправданими за умови, якщо свобода договору розуміється як правомочність. Однак договірна свобода є також і основою вільного ринку, що зумовлює переоцінку місця та ролі цього принципу в господарському праві.

В цьому контексті неможливо також оминати увагою запропоновані напрямки рекодифікації ЦК України. З метою системного оновлення цивільного законодавства пропонується скасувати ГК України як такий, що не відповідає євроінтеграційній стратегії нашої держави, та перешкоджає економічному розвитку. Однак, ті нормативні зміни, що відбуваються у вітчизняному законодавстві в рамках Угоди про асоціацію, навпаки свідчать про необхідність утвердження ГК України. Зокрема, з'являються нові види фінансових послуг, які згідно з рядом директив ЄС визначаються як господарська діяльність, яка провадиться фінансовими, кредитними установами, установами електронних грошей та ін. Така діяльність потребує окремого правового регулювання, що набуває важливого значення в умовах скасування ГК України.

Проблематика правового регулювання принципу свободи договору та межі його дії у своїх працях висвітлювалася вченими-цивілістами та вченими-господарниками, зокрема: О. А. Беяневич, С. М. Бервено, А. Р. Беяєва, Т. В.

Боднар, О. В. Дзера, В. В. Луць, А. В. Луць, В. К. Мамутов, В. С. Мілаш, І.В. Спасибо-Фатеева, В. С. Щербина та інші вчені.

В умовах сьогодення господарські відносини активно еволюціонують та трансформуються під впливом геополітичних факторів та наслідків світової економічної кризи, викликаною поширенням COVID-19. Окремо слід наголосити на наслідках військової інтервенції РФ на територію нашої держави. Економіка України вже перейшла на «військові рейки», що підтверджується прийнятим Державним бюджетом України на 2023 рік. Серед пріоритетних видатків – національна безпека і оборона країни, що становить 18,2% ВВП, та є найбільшим показником серед інших видатків. Російська агресія проти України стала потужним дестабілізатором економіки. І наслідки є катастрофічними не лише для нашої країни, вони простягаються далеко за її межі.

В таких кризових ситуаціях, в умовах дії воєнного стану та у сферах із вираженим домінуванням публічного інтересу, як-то, банківський сектор економіки, держава переймає на себе деякі патерналістські функції. Слід зазначити, що фінансовий сектор виявився підготовленим до цих подій, у першу чергу завдяки плідній праці учасників ринку та системній роботі регулятора впродовж попередніх років, в тому числі в умовах роботи під час карантинних обмежень, пов'язаних із пандемією COVID-19. Завдяки виваженим діям регулятора банківський сектор встояв та продовжує розвиватися і під час війни, адже в контексті прискореної євроінтеграції заплановані нормативні та регуляторні зміни набули невідкладного характеру. Та як показує історія (наприклад, the rise of the regulatory state) розширення кризових явищ та повоєнне відновлення в економіці матиме наслідком поступову зміну ліберальної економічної моделі на державний патерналізм, разом з чим значно обмежується економічна та договірна свобода. Зокрема, це і зумовлює актуальність та доцільність обраної теми дисертаційного дослідження.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Дисертаційна робота виконана відповідно до плану науково-дослідних робіт Інституту економіко-правових досліджень НАН України (з 22.05.2020 року – Державна

установа «Інститут економіко-правових досліджень імені В.К. Макутова Національної академії наук України» НАН України) у межах теми «Правова модель сталого розвитку України» (№0119U101590).

Мета і завдання дослідження. Метою дисертаційного дослідження є формулювання нових теоретичних положень щодо свободи договору, особливостей її змісту в господарському праві; окреслити межі даного принципу та з'ясувати підстави обмеження, зокрема в сфері надання банківських послуг.

Для досягнення вказаної мети були поставлені такі завдання:

- систематизувати наявні підходи до розуміння свободи договору, зокрема через тлумачення центрального поняття «свобода»;
- дослідити підхід до закріплення свободи договору в національному законодавстві країн ЄС, та проаналізувати відповідні законодавчі акти;
- дослідити принцип диспозитивності як визначальний для приватноправових відносин та обґрунтувати неістотність наявності вибору та інваріантності поведінки учасників відносин для тлумачення свободи волі, та відповідно і договірної свободи;
- обґрунтувати синтез свободи волі та необхідності (детермінізму) з позиції аналітичної філософії;
- аргументувати тезу про автономне застосування свободи договору в господарських правовідносинах;
- проаналізувати застосування судами принципу *contra proferentem* як методу тлумачення дефектних та неясних умов договору, що має на меті з'ясування істинної волі сторін;
- охарактеризувати підстави обмеження договірної свободи в господарському праві, зокрема в умовах воєнного стану та в умовах світової економічної кризи;
- довести необхідність розуміння свободи договору в господарському праві як основу економічної моделі вільного ринку;
- класифікувати обмеження свободи договору в господарському праві;

- дослідити межі дії свободи договору в публічних зобов'язаннях суб'єкта господарювання у сфері надання банківських послуг.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини, що складаються на різних рівнях правозастосування стосовно свободи договору та її обмежень.

Предмет дослідження – теоретичні та прикладні проблеми правового регулювання свободи договору та її меж в господарських зобов'язаннях.

Методи дослідження. В процесі дослідження використовувались такі загальнонаукові та спеціальні методи наукового пізнання. Історичний метод використовується задля дослідження еволюції поняття «свобода договору» в ретроспективі (підрозділ 1.1).

Використання порівняльно-правового методу надало можливість охарактеризувати особливості законодавчого закріплення свободи договору та її обмежень в країнах ЄС у порівнянні із національним підходом (підрозділи 1.1, 1.3, 2.2).

Метод моделювання було використано під час формулювання пропозицій щодо вдосконалення наявного підходу до розуміння свободи договору (підрозділи 2.2, 2.3), а також щодо пропозиції доповнити ГК України положенням про застосування *contra proferentem* (підрозділ 1.3).

За допомогою статистичного методу було реалізовано узагальнення судової практики (підрозділи 2.3, 3.2), міжнародних актів законодавства (підрозділ 1.1, 2.2), існуючих підходів до тлумачення свободи договору та її меж (підрозділи 1.1, 2.1).

Формально-логічний метод застосовувався при аналізі цивільного та господарського законодавства України, з метою виявлення недоліків і розроблення пропозицій щодо їхнього усунення (підрозділи 1.3, 3.2, 3.3).

Теоретичною основою дослідження, крім робіт вищезазначених учених, слугували наукові праці вітчизняних вчених-правників, зокрема: О. В. Гарагонич, В. І. Горбань, Т. С. Гудіма, Р. А. Джабраїлов, Б. П. Карнаух, М. О. Козачук, В. М. Никифорак, В. Г. Олюха, В. В. Поєдинок, В. О. Процевський, В. А. Устименко.

Окремо також були проаналізовані праці таких філософів минулого та сучасності, як: І. Берлін, І. Бентам, Г. Л. А. Харт, Дм. МакКаллум, К. Сарторіо, Г. Франкфурт, Д. Юм тощо.

Емпіричну основу дослідження склали: Господарський кодекс України, Цивільний кодекс України, закони, законодавчі ініціативи, підзаконні та локальні нормативно-правові акти, судові рішення, статистичні дані, законодавство іноземних країн, джерела міжнародного права.

Наукова новизна одержаних результатів полягає у формулюванні нових теоретико-практичних положень та рекомендацій щодо модернізації національного законодавства та доктрини господарського права в частині правового регулювання свободи договору та її меж в господарських зобов'язаннях.

Вперше:

запропоновано та обґрунтовано доцільність розуміння свободи договору та її обмежень в господарському праві як основу економічної моделі вільного ринку в рамках доктрини порядків (як взаємодію ринкового та державного порядків), а не індивідуальних прав;

розмежовано, з урахуванням особливостей господарського обороту, втручання держави в економічні відносини, що має наслідком встановлення певних лімітів і для здійснення договірної свободи; та обмеження у праві – вільного вибору контрагента, форми чи змісту договору;

систематизовано та класифіковано види обмежень свободи договору в господарському праві на такі групи: загальні (нормативні) та індивідуальні; формалізовані та неформалізовані; а також запропоновано додаткову ознаку – рівність переговорних можливостей;

виокремлено поняття свободи учасників договірних відносин та поняття односторонньої свободи договору.

Удосконалено:

положення щодо правила *contra proferentem* шляхом його законодавчого закріплення в Господарському кодексі України з таким формулюванням: при тлумаченні змісту господарського договору, якщо є сумніви щодо понять, які

можуть мати декілька значень, такі поняття повинні розумітись у тому сенсі, який найбільше відповідає характеру, суті та предмету договору. У разі виникнення сумнівів щодо умов господарського договору на основі вільного волевиявлення, вони повинні бути інтерпретовані проти сторони, яка їх запропонувала, і на користь сторони, яка прийняла ці умови. У всіх випадках умови договору тлумачаться на користь споживачів і сторони, що приєднується до умов;

підстави обмеження свободи договору в господарському праві, якими виступають: відмінності у господарсько-правовому та цивільно-правовому вираженні економічного обороту; різна правова природа цивільно-правового та господарського договорів; узгодження приватноправових та публічно-правових методів регулювання;

положення щодо правового статусу споживача банківських послуг з метою узгодження з основним законодавчим актом у сфері захисту прав споживачів.

Дістали подальшого розвитку положення щодо:

розрізнення договору як обов'язкового інструменту, який опосередковує правовідносини, що склалися на виконання вимог закону (банківські послуги, платіжні послуги (навіть разові)); та договору як підставу виникнення господарсько-договірного зобов'язання;

співвідношення понять «банківські правила» та «внутрішні документи надавача платіжних послуг» і необхідності відповідного законодавчого закріплення;

співвідношення договору про надання (фінансових) платіжних послуг та договору про надання (фінансових) банківських послуг та виокремлення на рівні типізації договору про надання фінансових (і банківських, і платіжних) послуг в самостійний договірний тип;

співвідношення понять «користувач платіжної послуги», «споживач платіжної послуги» та «клієнт банку»;

режиму публічного договору, який має поширюватись на усі договірні відносини у сфері надання банківських послуг за участі фізичної особи.

Практичне значення одержаних результатів полягає у тому, що вони можуть бути використані: у законотворчій діяльності – при внесенні змін та доповнень до Господарського кодексу України та інших законодавчих і підзаконних нормативно-правових актів; у правозастосовній діяльності та судовій практиці – при вирішенні договірних спорів, сторонами яких є суб'єкти господарювання та споживачі банківських послуг; у науково-дослідницькій роботі.

Дисертація супроводжується проектом Закону України «Про внесення змін до Господарського кодексу України» (Додаток А).

Правовий результат дисертаційного дослідження використовується у діяльності Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини (Додаток Б), а також у діяльності місцевого суду загальної юрисдикції в частині захисту прав споживачів банківських послуг (Додаток В).

Особистий внесок здобувачки. Дана науково-кваліфікаційна робота є самостійною завершеною працею, наукові результати якої одержано авторкою особисто на основі аналізу вітчизняних та зарубіжних наукових, нормативно-правових джерел та судової практики.

Апробація результатів дослідження. Основні результати дисертаційної роботи оприлюднено на: Других наукових читаннях пам'яті академіка В. К. Мамутова (03 липня 2020, Київ, Україна), Всеукраїнській науково-практичній конференції «Системи галузей права в умовах глобальних екологічних викликів» (27 листопада 2020, Київ, Україна), Міжнародній конференції “Relations between public administration and business entities management” (26 березня 2021, Таллінн, Естонія), Третіх наукових читаннях пам'яті академіка В. К. Мамутова (20 липня 2021, Київ, Україна), II Міжнародній конференції: Розвиток наукової думки постіндустріального суспільства: сучасний дискурс (08 жовтня 2021, Дніпро, Україна).

Публікації. Основні результати дослідження викладено у 10 наукових працях, з яких 4 статті опубліковано у вітчизняних наукових фахових виданнях, що включені до міжнародних наукометричних баз, 1 стаття у зарубіжному виданні, 2 публікації – за матеріалами міжнародних науково-практичних конференцій, 1

публікація – за матеріалами Всеукраїнської науково-практичної конференції, 2 публікації – за матеріалами круглих столів.

Структура та обсяг дисертації обумовлені метою і завданнями дослідження. Робота складається з анотації, вступу, трьох розділів, які об'єднують вісім підрозділів, висновків, списку використаних джерел та додатків. Загальний обсяг дисертації складає 197 сторінок, з них основного тексту – 160 сторінок. Список використаних джерел налічує 199 найменування.

РОЗДІЛ 1

ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ОСНОВИ СВОБОДИ ДОГОВОРУ В ГОСПОДАРСЬКОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

1.1. Підходи до розуміння свободи договору

Насамперед, слід зазначити, що проблема свободи договору як правового явища може існувати та досліджуватись на різних, але взаємопов'язаних рівнях. Дослідження в цьому підрозділі є спробою комплексного аналізу договірної свободи, зокрема, семантично, в процесі історичного розвитку, на доктринальному та законодавчому рівнях. Ці площини переплітаються між собою, а тому досліджувати вказане питання ізольовано, на кожному із рівнів окремо полишене сенсу.

Взаємна пов'язаність рівнів демонструється, зокрема і тезою про те, що західна юриспруденція виводила і свободу власності, і свободу договору із загального початку «свободи» особистості [1, с. 36].

А вітчизняна наукова думка не містить одностайного та чіткого визначення цього феномену. Оскільки свобода договору – це і норма-принцип, який визначає суть цивільного права загалом, і суб'єктивне право, гарантоване кожному законом [2, с.75].

Що стосується вітчизняної законодавчої техніки, то в найзагальнішому вигляді принцип свободи договору розкривається шляхом перерахування тих можливостей (правомочностей), якими наділені сторони договору: укладення договору, вибір контрагента та визначення умов договору. Як зазначає О. А. Беяневич [3, с. 118], філософська за походженням категорія свободи, будучи закріпленою в нормах права, не може бути витлумачена однозначно та вичерпно, через що законодавець змушений вдаватися до правової формалізації тільки окремих складових цього поняття - або через перелік правомочностей, або через встановлення відповідних імперативних приписів, які визначають у такому випадку «фізичну протяжність» цієї свободи. Такий підхід визначення свободи

відомий як «свобода від» і «свобода для», який буде описано нижче в концепціях позитивної і негативної свободи.

Слід зазначити, що доктринальні дослідження договірної свободи значно виходять за рамки традиційної тріади. Так, В. С. Мілаш [4, с. 14] в контексті господарського договору зазначає, що свобода договору виявляється: 1) у визнанні громадян та юридичних осіб вільними в укладанні договорів (сторони, незалежно одна від одної та від держави мають право вирішувати питання про вступ між собою в договірні відношення); 2) у свободі сторін укладати будь-які договори як передбачені, так і не передбачені чинним законодавством (сторони можуть самостійно створювати будь-які договірні моделі, які не суперечать чинному законодавству); 3) у свободі вибору договірного партнера; 4) у свободі сторін визначати умови укладеного між ними договору (єдина вимога до сторін у цьому випадку полягає в тому, щоб обрана умова не суперечила чинному законодавству); 5) у свободі сторін за взаємною домовленістю змінювати, розривати або продовжувати дію укладеного ними договору; 6) у свободі сторін встановлювати способи забезпечення договірних зобов'язань та заходи відповідальності за їх порушення тощо.

А. В. Луць при дослідженні принципу свободи договору в рамках цивільного права зазначає, що крім можливості вибору контрагента та визначення змісту договору, свобода договору включає також: а) вільний вияв волі особи на вступ у договірні відносини; б) свободу договору у виборі сторонами форм 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 угодою змінювати, розривати або продовжувати дію укладеного ними договору; г) право визначати способи забезпечення договірних зобов'язань; д) право встановлювати форми (міри) відповідальності за порушення договірних зобов'язань тощо [5].

С. С. Немченко зазначає, що принцип свободи договору виражається в таких основних положеннях: 1) сторони цивільних правовідносин самі визначають, укладати їм договір чи ні, та з ким з партнерів вступати в договірні правовідносини, тобто вибір контрагента договору й вирішення питання про встановлення

договірних відносин за Цивільним кодексом України вирішується самими сторонами договору; 2) сторони самі обирають вид договору, який регулюватиме їх взаємні відносини; 3) сторони самостійно визначають умови (зміст) договору, що відповідно до ст. 628 Цивільного кодексу України означає те, що сторони договору мають право на волевиявлення; 4) у період дії договору сторони відповідно до закону мають право як змінити (повністю або частково) зобов'язання, що випливають із нього, так і припинити дію договору загалом, якщо інше не передбачено законом або самим договором [6, с. 101].

О. О. Мережко вважає, що зміст принципу свободи полягає у: 1) свободі суб'єктів на свій розсуд укладати договір; 2) свободі сторін договору визначити його зміст шляхом взаємної згоди; 3) обов'язку сторін під час укладання договору враховувати суспільні та державні інтереси, які виражені передусім у нормах публічного права; 4) обов'язковості добросовісного виконання договору [7, с. 169].

Цей прийом дозволяє розглядати свободу договору не тільки у якості принципу права, а і як суб'єктивне право та елемент правомочності особи (як фізичної, так і юридичної). Таке розуміння свободи договору відповідає класичному способу визначення понять через найближчий рід (*genus*) та видову відмінність (*differentia*) – *Definitio per genus proximum et differentiam specificam*.

Родо-видове тлумачення відоме ще з античних часів, коли Платон здійснив спробу дати визначення поняттю «людина» через ближчий рід – жива істота, та видові відмінності – двонога та без пір'я. В результаті чого Діоген, як відомо, продемонстрував Платонівську людину, обскубавши курку. Загальною схемою родо-видових визначень є така: $A = B \text{ і } C$, де A – поняття, якому надається визначення, B – більш загальне поняття по відношенню до A , а C – ознаки, які виділяють поняття A серед ознак, що охоплюють поняття B .

Проте, на скільки виокремлення *genus* та *differentia* являються ефективними для визначення термінів в юриспруденції? І. Бентам свого часу вказав на те, що загальний метод визначення – метод *per genus et differentiam*, як його називають логіки, в багатьох випадках, не буде відповідати вказаній цілі. Серед абстрактних термінів ми згодом виявляємо такі, що не мають вищого роду. Зрозуміло, що ми не

зможемо нічого досягти, застосовуючи до них визначення *per genus et differentiam*, котре слідує або припинити, або розвернути його, так сказати, на себе [8, с. 233]. Іншими словами, родо-видова техніка визначення може використовуватися лише в обмеженій сфері, так як вона не враховує своєрідність абстрактних термінів, система яких рано чи пізно замикається на саму себе. Ідея І. Бентама заключається в тому, що розглядати юридичні терміни потрібно не відокремлено, а в рамках їх використання. Схожу думку підтримує і Г. Л. А. Харт, говорячи, що юридичні поняття зовсім інші; їх відношення до фактів більш складне, опосередковане та потребує прояснення. Звичайні методи визначення призводять до того, що в результаті вони спотворюються та містифікуються [9, с. 960].

Харт і Бентам пропонують модифіковану версію контекстуального методу визначення понять. Слід зазначити, що саме англійським філософом ХХ століття Ісайєю Берліном [10, с.126] було внесено значний вклад у визначення терміну «свобода» зазначеним методом, ознаменувавши тим самим початок нових дискусій. Йому вперше вдалося визначити свободу не у якості ізольованого поняття, але в контексті його вживання, використавши популярну у філософії середини ХХ ст. техніку визначення під назвою «визначення через вживання» («definition in use»).

Відповідно до цієї техніки поняття свободи має розглядатися не ізольовано, а у різних мовленнєвих контекстах. Тобто поняття свободи є поняттям, що обумовлене контекстом, та, відповідно, отримує значення лише в рамках такого контексту.

Слід зазначити, що методи аналізу правової термінології здебільшого засновані на визначенні через загальний рід та видову відмінність. Така стратегія обумовлена ієрархією правових норм (наприклад, загальні чи спеціальні) та понять, що в них містяться. Вважається, що родо-видовий підхід є виправданим по відношенню до визначення правових понять та термінів, що представлені в різних галузевих нормативно-правових актах.

Слідуючи такій логіці, свобода договору має визначатися із юридичної свободи, а остання – із свободи особистої.

Проте, говорячи про юридичну свободу як видове поняття свободи особистої, слід зазначити, що правова доктрина категоріально виокремлює та дає визначення юридичній свободі (свобода в праві) та особистій свободі. У найзагальнішому вигляді свободу в праві (юридичну свободу) пропонується дефініювати як юридично закріплену в нормативних правових актах та інших джерелах права інваріантність поведінки людини (особиста свобода, свобода світогляду, свобода політичної діяльності, свобода договору та підприємницької діяльності тощо).

Так, на думку Л. В. Ярмол та С. Вандьо, свобода у праві – це система встановлених суспільством можливостей здійснювати власну поведінку відповідно до визначеного законом ступеня необхідності та бажання у певний період часу, що забезпечується державою [11, с. 256].

За словами О. О. Пунди, свобода у праві – це сукупність визнаних суспільством правових вибаг фізичної особи (людини, громадянина), у яких відображаються на рівні різного роду моделей її природні можливості формування власної поведінки у найбільш загальному вигляді у певний історичний період [12, с. 112].

У науковій літературі відзначаються відмінності між юридичною та особистою свободою, серед яких наступні: 1) особиста свобода центрується особистістю і як поняття сформувалася із зміцненням індивідуалізму, проголошуючи звільнення від всевладдя державної влади, тоді як юридична свобода з'явилася набагато раніше свободи особистої і має відношення до всіх суб'єктів права (громадянам, юридичним особам, державі і т. д.); 2) якщо свобода особистості індивідуальна (наприклад, кожен вільний настільки, наскільки він себе відчуває вільним), то міра юридичної свободи для всіх рівнозначних за правовим статусом суб'єктів права рівна (наприклад, всі громадяни рівні між собою) [13].

Тобто говориться про те, що правова форма свободи зумовлюється незалежністю суб'єктів права один від одного та рівнозначною підпорядкованістю останніх загальній правовій нормі. Це наводить на думку, що міра юридичної свободи для кожної групи суб'єктів, що відрізняються за своїм правовим статусом

– різна, нерівнозначна. Звідси випливає, що, до прикладу, юридична свобода для групи господарюючих суб'єктів не може дорівнювати юридичній свободі суб'єктів без такого правового статусу. В свою чергу це приводить до висновку, що суб'єкти, які заздалегідь мають різний (нерівнозначний) правовий статус, вступаючи у договірні правовідносини, також матимуть і різну юридичну свободу, зокрема, і договірну свободу.

Таким чином, якщо юридично нерівні суб'єкти можуть вступати у договірні правовідносини, то міра юридичної свободи, так само як і свободи договору, не може і не повинна бути рівнозначною для кожного учасника таких правовідносин. Про це свого часу наголошувала і О. А. Беяневич у монографії «Господарське договірне право України (теоретичні аспекти)» [3], яка стала першим в українському правознавстві дослідженням господарського договірного права як одного з ключових інститутів господарського права України. Так, авторка при дослідженні свободи договору в господарських договорах зазначає, що не обтяжені публічним компонентом договірні відносини формально рівних суб'єктів господарювання, які встановлюються на їх власний розсуд, теоретично ґрунтуються на принципах, визначених ЦК. Враховуючи сучасні економічні реалії, можна стверджувати, що в абсолютному вигляді принцип свободи договору діяв би тільки тоді, коли сторони договору були б рівними не тільки з формально-правової точки зору, але й економічно, і до того ж – за відсутності спеціального порівняно із ЦК регулювання [3].

Тож справедливо буде говорити про поняття односторонньої свободи договору. Така свобода існує наряду із формами договірної свободи, що надаються обом сторонам, та проявляється в наступних чотирьох формах: право вказувати умови оферти; право визначати форми прийняття оферти адресатом; право обмежувати строк дії оферти та право відізвати свою оферту в будь-який час до її акцепту. По суті, така «одностороння свобода» є проявом нерівнозначності договірної свободи для учасників правовідносин, та може проявлятися на будь-якій стадії договірного процесу.

Таким чином, формальна рівність учасників договірних правовідносин та їх переговорних можливостей ще не є гарантією реалізації принципу свободи договору. А отже є сенс під свободою договору розуміти свободу учасників таких договірних відносин. Адже саме учасники (як фізичні, так і юридичні особи) є носіями цієї юридичної свободи. Таким чином, при визначенні свободи договору акцентується увага саме на понятті «свобода». Якщо ж при визначенні свободи договору акцентувати увагу на понятті «договір», то слід враховувати узагальнені понятійні визначення в теорії договірного права, які сформували три традиційні точки зору на договір: 1) як юридичний факт; 2) як правовідношення; 3) як форма правочину. Свобода договору як юридичного факту полягатиме у зустрічному волевиявленні сторін, що, по суті, відповідає свободі вступати чи не вступати у договірні відносини, та у свободі вибору контрагента. Свобода договору як правовідношення орієнтує на свободу визначення змісту цього правовідношення. Свобода договору як форми правочину проявлятиметься у свободі вибору цієї форми. Очевидно, що законодавцем свобода договору виводиться саме через поняття договору.

Таким чином, свободу договору можна розуміти як свободу учасників договірних правовідносин. В той же час, свобода договору може розумітися як свобода договору – юридичного факту, свобода договору – правовідношення, свобода договору – документу (форми). Хоча розуміння свободи договору як свободи сторін дає значно ширші можливості для застосування договірної свободи. Наприклад, у правовідносинах з нерівними переговорними можливостями.

Сучасні дослідження теж обґрунтовують думку, що свобода договору є і принципом, і елементом сутнісної системи «свобода людини» [14, с. 132]. Такий висновок базується, зокрема, на дослідженні договірної свободи в історичній ретроспективі, шляхом демонстрації трансформаційного процесу від поняття особистісної свободи до його поступового сутнісного наповнення - свободи договору.

Загалом, проблема свободи в історичному розвитку бере свій початок ще з часів Античності, коли під «вільністю» особи розумілося «не бути рабом». Так

пише К. Ю. Герман [15, с. 116], зазначаючи, що античне право визнавало свободу не універсальною цінністю, що доступна усім живим істотам, а прерогативою вільних громадян.

Авторка зазначає, що в епоху Середньовіччя Августином Аврелієм була уперше в історії філософії сформована проблема волі та її свободи. Філософ стверджував, що свобода – це властивість волі (розумної волі), а не розуму. Релігія в часи Середньовіччя відігравала роль культури мислення, а християнська філософія сприяла утвердженню єдиних моральних норм та ідеї загального братства. Це вплинуло на ліберальні течії Нового часу, що згодом відіграло роль в утвердженні ідеї невід’ємних прав людини [15, с. 116].

Епоха Відродження характеризувалася відходом від догматичного середньовічного типу філософської рефлексії. Натомість, в центрі світогляду знаходилася людина. Саме людину закликали бути творцем самої себе і навколишнього світу, тобто бути вільною [15, с. 116].

В ідеях Нового часу простежувалось тлумачення свободи як абсолютної цінності, як підстави права і пізнання, як основоположної передумови природних прав людини, що має невідчужуваний характер. Вклад в розробку нового осмислення свободи зробили, зокрема, Дж. Локк, Т. Гобс, Б. Спіноза та ін [15, с. 116].

Як зазначає З. М. Атаманюк [16, с. 5], свобода є багатограним поняттям, про що свідчить численна кількість його дефініцій. Як-то: «свобода є пізнаною необхідністю» (Б. Спіноза); «свобода – це відсутність зовнішніх перепон для руху» (Т. Гобс); «свобода – це право робити те, що дозволяють закони» (Ш. Монтеск’є); «здатність самочинно починати ряд подій» (І. Кант); «свобода є здатністю із самої себе давати початок будь-чому» (Ф. Шеллінг); «свобода полягає в тому, щоб у «своєму іншому» бути «у самого себе» (Г.В.Ф.Гегель); «свобода є здатністю приймати рішення із знанням справи» (Ф. Енгельс). Свобода – це «відсутність перепон для здійснення наших бажань!» (Б. Рассел); «свобода є можливістю приносити у світ «дещо» (Ж.-П.Сартр). «Свобода – це подолання того зовнішнього, яке підкорює мене собі» (К. Ясперс). Свобода – це

«конкретний обов'язок, котрий необхідно виконувати» (Н. Аббаньяно). Філософи франкфуртської школи розглядали співвідношення позитивної та негативної свободи (Т. Адорно). Слід зазначити, що остання теорія позитивної та негативної свободи є актуальною і для деяких правових доктрин, про що буде зазначено нижче.

Беззаперечно, епоха Нового часу ознаменовується зародженням ідей лібералізму, відповідно до яких право на життя, свободу особистості та приватної власності є невід'ємними, природними правами людини.

Що стосується проявів договірної свободи, то перші з них ще відомі праву Стародавнього Риму. Однак, як зазначають дослідники, початок закріплення принципу свободи договору і тісно пов'язаних із ним свобод особистості, рівноправності учасників соціальних, у тому числі правових, відносин, пов'язують саме з епохами Відродження і Просвітництва, із Французькою буржуазною революцією 1789 року. М. І. Баженов зазначає, що саме після Великої Французької революції 1789 року в Європі почали формуватися нові уявлення про суто цивільні відносини, зокрема, про те, що розумно діюча вільна особистість шляхом вільного волевиявлення на основі укладених з іншими такими ж вільними особами договорів вирішує питання про те, чи приймає вона на себе відповідальність стосовно цих чи третіх осіб, й у якому обсязі [17].

Досліджуючи європейські підходи до законодавчого закріплення свободи у договірних відносинах, М. В. Менджул підтверджує, що свобода у договірних відносинах Цивільним кодексом Франції була закріплена ще у 1804 році у статті 1107 [18].

Чинна редакція Цивільного кодексу Франції від 10.02.2016 року [19], по-перше, у статті 1101 надає визначення договору як узгодженій волі двох або більше сторін, що спрямована на створення, зміну, передачу або припинення зобов'язань. А у статті 1102 гарантує договірну свободу, визначаючи, що кожен вільний щодо укладення або не укладення договору, вибору контрагентів, визначення змісту та форми договору, з урахуванням меж, які встановлені законом. Абзацом другим цієї

статті забезпечується дотримання громадського порядку шляхом обмеження свободи договору.

Проте, деякі сучасні дослідники акцентують увагу на окремій ролі свободи договору у площині норм Цивільного кодексу Франції, зазначаючи, що використовувана для цього законодавча техніка є унікальною. Такий висновок робить М. І. Баженов [17], посилаючись чомусь на норму статті 1134 Цивільного кодексу Франції. Автор підкреслює суттєву відмінність її формулювання від вітчизняного підходу. Йдеться, зокрема, пише науковець, що угоди, укладені належним чином, мають чинність закону для тих, хто їх уклав. Далі слідує висновок, що положення Цивільного кодексу Франції, присвячені закріпленню принципу свободи договору, є справді унікальними у контексті їх формулювання, адже французький законодавець замість використання буквального текстуального тлумачення досліджуваного принципу із деталізацією правомочностей сторін у процесі його реалізації (як це здійснено, наприклад, у ст. 627 ЦК України) зробив спробу вкласти у нього набагато глибший зміст, який, на нашу думку, полягає у такому: а) укладаючи цивільно-правовий договір, сторони добровільно пов'язують себе його умовами, таким чином надаючи договору юридичної сили закону; б) зобов'язання, опосередковувані договором, ґрунтуються виключно на вільному волевиявленні його сторін, у чому знаходить свій прояв автономія волі.

З таким висновком погодитись неможливо хоча б на тій підставі, що та редакція, яку аналізує вчений застаріла та діяла з 17.02.1804 по 01.10.2016, тобто до моменту набрання чинності нової редакції Цивільного кодексу Франції. А отже очевидним є те, що сучасна редакція у статті 1101 та 1102 формулює визначення договору та договірної свободи, які є близькими до визначення договору та свободи договору, що використовується національним законодавством у статтях 626 та 627 ЦК України. А саме, шляхом примірного орієнтування учасників договірних відносин на правомочності в договірному процесі. Цікаво, що навіть в історичній ретроспективі, визначення договору та договірної свободи, що використовуються цивільним законодавством України принципово не змінилися. Так, в найпершій

редакції ЦК України від 2003 року, законодавець так само надавав визначення шляхом перерахування договірних можливостей сторін.

Договірне законодавство Німеччини сягає своїм корінням у традицію римського права XIX століття, і, крім того, на нього вплинув Французький цивільний кодекс («Кодекс Наполеона») 1804 року. Проте, закріплення свободи договору у сучасному цивільному законодавстві Німеччини має свої особливості. Так, М. В. Менджул пише, що Цивільний кодекс Німеччини, який чинний із 1 січня 1900 року, не визначає чітко свободу договору, проте він згадує про неї у ряді статей (§ 311, § 145), що дозволяє дійти висновку, що це один із основних принципів німецького цивільного права [18].

Насправді ж, ситуація виглядає дещо по-іншому. Цивільне уложення Німеччини не містить згадки про договірну свободу у зазначених статтях (параграфах). Так, стаття 311 наголошує на обов'язковості договору для встановлення чи зміни зобов'язання у вигляді угоди, що по суті може розцінюватись по аналогії із статтею 626 ЦК України, яка визначає договір як підставу виникнення, зміни чи припинення цивільних прав та обов'язків. А стаття (параграф) 145 Цивільного уложення Німеччини буквально говорить, що особа, яка запропонувала укласти договір, зв'язана цією офертою. Вочевидь, аналогія у національному цивільному законодавстві міститься у статті 641 ЦК України, відповідно до якої, пропозиція укласти договір має містити істотні умови договору і виражати намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття.

Однак, за цивільним законодавством Німеччини сторони все ж таки вільні в укладенні договору, але у відповідності до статті 2 (Art. 2(1)) Основного Закону ФРН (Grundgesetz (GG)) [21]. Так, відповідно до цього конституційного положення, кожен має право на вільний розвиток своєї особистості, якщо він не порушує права інших людей і не порушує конституційний лад чи моральний кодекс. А власне свобода договору захищається у відповідності до рішення Федерального Конституційного Суду ФРН (Bundesverfassungsgericht (BVerfGE)), який водночас являється і незалежним конституційним органом, і верховним судом федерального

рівня. Так, у параграфі 142 рішення BVerfGE 95,267 [22], Суд розтлумачив параграф 1 статті 2 Конституції ФРН та зазначив, що на додаток до загальних прав особистості, це положення також включає загальну свободу дії. Частиною цієї всеосяжної гарантії, яка включає будь-яку людську діяльність, що не захищається спеціальним фундаментальним правом, є свобода економічної діяльності, та в рамках цього, свобода договору. Це конституційне положення не лише гарантує особі право укласти договір у визначений нею спосіб, а й захищає від втручання держави в уже укладені договори.

Цивільний кодекс Литовської Республіки [23] навпаки чітко визначає принцип свободи договору як принцип правового регулювання цивільних правовідносин. Так, у частині 1 статті 1.2 говориться, що цивільні правовідносини повинні регулюватися, зокрема, у відповідності до принципу свободи договору. А у статті 6.156 цей принцип вже закріплюється окремо. Так, сторони вільні в укладанні договорів та визначенні взаємних прав на обов'язків на власний розсуд; сторони мають право укласти також інші договори, що не встановлені Кодексом, якщо це не суперечить законам. Досить цікавим є положенням, за яким сторони мають право укласти договори, які містять елементи різних договірних видів. Такі договори будуть регулюватися нормами, що регулюють окремі види договорів.

Цивільне законодавство Словаччини, за аналогією до німецької правової доктрини, не містить окремо закріпленого принципу свободи договору, проте він є основою договірного права. Так, параграф 3 статті 2 Конституції Словацької Республіки [24] декларує, що кожен може робити те, що не заборонено законом, та ніхто не може бути примушений робити те, що закон не передбачає.

Крім того, Конституційний Суд Словаччини постановив, що принцип свободи договору застосовується не тільки у комерційному праві, але і в сфері приватного права, поширюється також «на укладення партнерського договору про створення компанії» [25, с.8]. У коментарях словацьких цивілістів зауважується, що слід застосувати принцип *in dubio pro libertate*, який ґрунтується на приматі приватного права над публічним, якщо суспільний інтерес у цій справі неочевидний. З вказаного науковці обґрунтовують, що будь-яке обмеження

договірної свободи має переслідувати законний інтерес держави при втручанні у приватну сферу, що можливе тільки для захисту суспільних інтересів [18].

Цивільний кодекс Польщі у 1990 році був доповнений статтею 353¹[26]. Ця стаття закріплює свободу договору як принцип та визначає, що сторони, які укладають договір, можуть врегульовувати правовідносини на свій розсуд, якщо його зміст або мета не суперечать характеру відносин, закону чи суспільним засадам.

У Румунії чинний Цивільний кодекс також заснований на принципі свободи договору, якому присвячено окрему статтю 1.169, згідно якої сторони вільні в укладенні будь-яких договорів та визначені їх змісту у межах, встановлених законом, громадським порядком та мораллю. Крім того, навіть передбачено окрему статтю щодо свободи форми договору (1.178) [18].

Цивільне законодавство Італії також містить конкретні норми, що визначають договірну свободу. Щоправда, ЦК Італії називає цей принцип договірною автономією. Так, відповідно до статті 1322 [27], сторони можуть вільно визначати зміст договору в межах, встановлених законом (і корпоративними правилами).

Для іспанського договірного права важливими є два фактори: критична роль прецедентного права Верховного Суду та зростаюча кількість складних договірних спорів. При цьому, прецедентне право відіграє визначальну роль, так як договірне право (в основному, Цивільний кодекс Іспанії 1889 року) протягом довгого часу не модернізувався, тому Верховний Суд суттєво впливає на тлумачення цих положень. В ході так званої судової модернізації договірного права Іспанії Верховний Суд користується і деякими із європейських «м'яких» (soft) інструментів приватного права, як-то Принципи європейського договірного права (the Principles of European Contract Law). А загальним правилом іспанського договірного права є саме свобода форми, тому договори мають обов'язкову силу незалежно від форми, в якій вони були укладені (усна чи письмова), за умови, що такі договори відповідають основним умовам їх чинності [28].

Таким чином, аналіз зазначених джерел, дозволяє класифікувати рівні закріплення договірної свободи у різних правових доктринах. Так, за ступенем юридичної сили акту, який закріплює договірну свободу, можна виділити: конституційний рівень (Німеччина, Словаччина); рівень окремого кодифікованого акту (Франція, Литва, Польща, Румунія, Італія); прецедентний рівень (Німеччина, Словаччина, Іспанія). При цьому, говорячи про конституційний рівень закріплення мається, зокрема, на увазі тлумачення договірної свободи із основоположних конституційних прав громадянина – свобода вільно діяти, свобода вираження особистості тощо. Так, в обох країнах, що «виводять» поняття свободи договору із конституційних положень, додатково містяться роз'яснення суду конституційної інстанції. Більша ж частина репрезентованих країн обрали закріплення на рівні окремого кодифікованого акту.

Якщо розглядати визначення договірної свободи за рівнем їх «чіткості», то можна говорити про конкретне визначення правомочностей, що орієнтує сторін щодо переговорних можливостей; загальне визначення або згадку у законодавчій масі; відсутність чіткого визначення чи згадки у законодавчих актах, проте визначення впливає із змісту законодавства чи регулюється прецедентним правом.

Будь-яке дослідження західної доктрини, пов'язане тією чи іншою мірою зі «свободою», стикається із лінгвістичними складнощами розрізнення стилю та слів «freedom» та «liberty», які використовуються або змінно, або взаємозамінно. Так, в англійській мові семантично розрізняються ці два поняття. На цю обставину посилається також і О. А. Беяневич [3] при дослідженні господарського договірного права. Авторка наводить визначення Б. Рассела, який зазначає, що стосовно «liberty», свобода особистості повинна поважатися, якщо дії індивіда не спричиняють – прямо, вочевидь та безспірно шкоди іншим особам. Уся сфера власницьких спонукань та пов'язаного з ними застосування сили в інтересах свободи не менше, ніж в інтересах правосуддя, потребує контролю з боку нейтральної суспільної влади. В межах країни такою суспільною владою,

природно, є держава. Натомість, «freedom» розуміється як свобода наших думок, з якої виростає цілий світ мистецтва, філософії та розуміння краси [3, с. 116].

Незважаючи на те, що деякими англомовними вченими були здійснені спроби розмежувати ці поняття (Піткін 1988, Вільямс 2001, Дворкін 2011), загалом, вони не прижилися [29].

Більшість західних вчених притримується двовимірної концепції свободи – позитивна та негативна свобода (positive and negative liberty). Саме американським філософом І. Берліном було запропоновано дихотомічне тлумачення цього терміну, що має розуміти під собою вживання двох варіантів його розуміння – «позитивне» та «негативне». Філософ пояснює використання таких визначень тим, що свобода у позитивному смислі розуміється як проста відсутність когось чи чогось (перепон, бар'єрів, обмежень чи втручання). Свобода ж у негативному розумінні потребує присутності певних факторів (контролю, самореалізації, самовизначення тощо). За Берліном, «перше з цих значень і сенсів, яке, наслідуючи безліч прецедентів, я називаю «негативним», міститься у відповіді на запитання: «Чи великий простір, в рамках якого людина або група людей може робити що завгодно або бути таким, яким хоче бути?» Другий сенс, який я називаю «позитивним», виникає у відповіді на запитання: «Де джерело тиску чи втручання, яке змусить когось робити те, а не це або бути таким, а не іншим?» Питання ці різні, хоча відповіді на них можуть частково збігатися» [10, с. 126].

Деякі українські вчені виділяють три концепції свободи, в основі яких лежать дві основні концепції І. Берліна – позитивна та негативна свобода. Так, на думку Д. П. Сепетого [30], доречно говорити про три концепції, оскільки поняття «позитивної свободи» вживається у двох радикально відмінних, несумісних значеннях. Для негативної концепції свободи базовим, традиційним є розуміння свободи як відсутності примусу. Ісаїя Берлін так визначає зміст ідеї свободи: «Фундаментальне розуміння свободи - це свобода від ланцюгів, від ув'язнення, від поневолення іншими. Все решта - розширення цього сенсу, якщо не метафора. Той, хто хоче бути вільним, прагне усунути перешкоди; боротися за особисту свободу означає прагнути покласти край втручанням, експлуатації, поневоленню з боку

людей, чії цілі відрізняються від твоїх. Свобода, принаймні в її політичному розумінні, пов'язується з відсутність залякування чи домінування».

Далі, на погляд Д. П. Сепетого, слід говорити про тоталітарну та ліберальну версії концепції позитивної свободи. Якщо негативна свобода це «свобода від», то ідея позитивної свободи ґрунтується на необхідності «волі до». Проте ця «воля до» не є свободою і не може бути їй заміником. Людина повинна мати свободу («волю від»), щоб самій обирати мету свого життя, щоб здійснювати свою власну, а не нав'язану кимось «волю до». Натомість концепція «позитивної свободи» найчастіше слугувала для того, щоб виправдати та надати привабливості ситуацію, коли відсутня «негативна» свобода [30].

В більш загальному вигляді ця позитивна свобода може розглядатися як наявність спектру реально доступних можливостей. Чим більше різних можливостей має індивід, тим більшою є його позитивна свобода [30].

Д. П. Сепетий демонструє це на примітивному прикладі. Право літати на літаках, для тих, хто не може заробити достатньо грошей на квиток, є чисто негативною свободою, вона стає позитивною, коли людина може заробити гроші на квиток. Разом з тим, якщо людині заборонити літати на літаках (тобто позбавити її негативної свободи), то вона не зможе полетіти навіть якщо матиме гроші, - отже вона позбавлена і позитивної свободи. Важливо, що ця позитивна свобода передбачає не саму лише можливість полетіти літаком, а обов'язково передбачає наявність альтернатив: залишатися вдома, поїхати поїздом чи поплисти на пароплаві. Якщо вибору немає, і Ви змушені летіти, то в цьому ніякої свободи немає. Позитивну свободу можна визначити у вигляді рівняння: позитивна свобода = негативна свобода + умови для її реалізації [30].

Після Берліна (1958), найбільш цитованими та найкраще розробленими концепціями негативної свободи вважаються концепції Гаєка (1960), Дей (1971), Оппенгейма (1981), Міллера (1983) та Штайнера (1994). Серед найвідоміших сучасних аналізів позитивної концепції свободи є Мілн (1968), Гіббс (1976), К.Тейлор (1979) та Крістман (1991, 2005) [29].

Думається, що різниця між цими двома концепціями залежить від різниці факторів, які являються зовнішніми, та факторами, які є внутрішніми по відношенню до агента такої свободи. В той час як теоретиків негативної свободи, в першу чергу, цікавить ступінь, в котрій окремі особи чи групи осіб страждають від втручання зовнішніх факторів, теоретики позитивної свободи більш уважні до внутрішніх факторів, що впливають на ступінь автономності окремих осіб чи груп. З цього випливає, що для філософії більш актуальною є турбота саме про позитивну свободу, а для соціальних, політичних інститутів та юридичної науки – про негативну свободу.

Слід зазначити, що саме модель дихотомічної свободи покладена в основу договірної доктрини загального права (*common law*). Відповідно, існує позитивна та негативна свобода договору. Якщо перша орієнтує на свободу укладання договору, то друга – на свободу відмовитись від його укладання на переддоговірній стадії.

Незважаючи на популярність теорії позитивної та негативної свободи І. Берліна, остання все ж зустріла критику у світовій філософській думці. Зокрема, Дм. МакКаллум вважав, що дихотомічне розділення свободи на типи не має значення, адже межі між цими поняттями нечіткі, а зосередження на типологізації свободи є неефективним. Натомість МакКаллум фокусується на виведенні універсального терміну «свобода» [31].

Попри можливість застосування такої формули в багатьох сферах суспільних відносин, слід зазначити, що термін «свобода» важко чітко охарактеризувати та адекватно визначити навіть в рамках однієї теорії, не кажучи вже про його універсальний характер.

Таким чином, поняття договірної свободи складне і багатогранне. Воно може виводитись і через лексико-семантичні прийоми, використовуючи родо-видове тлумачення. Таке визначення використовується, наприклад, у Німеччині та Словаччині, де договірна свобода виходить із свободи особистості, що закріплюється на конституційному рівні. Деякими європейськими країнами свобода договору визначається шляхом вказівки на певну окрему правомочність –

свобода визначати зміст (Італія), свобода форми (Іспанія), свобода обирати вид договору та визначати його зміст (Румунія). Таким чином, свобода договору в цих країнах визначається як суб'єктивне право.

Свобода договору за цивільним законодавством Франції визначається як «свобода від» і «свобода для» - свобода укладати чи не укладати договір. Англо-американська договірна доктрина теж побудована на концепції позитивної та негативної свободи.

Українське законодавство в частині регулювання принципу свободи договору видається найбільш розробленим серед представлених для порівняння країн. Свобода договору визначається і як засада цивільного права, і як орієнтований перелік можливостей. До прикладу, цивільне законодавство Франції лише в 2016 році модернізувало положення, що регламентує договірну свободу. Чинна стаття гарантує договірну свободу, визначаючи, що кожен вільний щодо укладення або не укладення договору, вибору контрагентів, визначення змісту та форми договору, з урахуванням меж, які встановлені законом. Забезпечується дотримання громадського порядку шляхом обмеження свободи договору.

Важливим питанням для цього дослідження є те, чи існує свобода господарського договору? Якщо так, то яким чином вона може бути обґрунтована?

Справедливо буде зазначити, що і міжособистісні, і комерційні, і споживчі договори – всі вони в рівній мірі відповідають фундаментальним видам людської діяльності, тож кожен з цих видів відповідає різним цінностям (інтересам), досягти яких бажають сторони. Очевидно, що господарський договір буде відповідати фундаментальному суб'єктивному праву на свободу підприємницької діяльності. Цим, наприклад, пояснюється, що Хартією основних прав Європейського Союзу у статті 16 декларується право на підприємницьку діяльність, яке розуміється, як право, засноване і на зайнятті економічною та комерційною діяльністю, і на свободі договору. А М. О. Козачук при розмежуванні свободи підприємницької діяльності як суб'єктивного права і як принципу, зазначає, що свобода підприємницької діяльності як суб'єктивне право - це міра дозволеної поведінки особи у сфері господарювання, що полягає у гарантованих Конституцією України

та законами України можливостях вільно започаткувати (у т.ч. обирати сфери та види діяльності, організаційну форму господарювання, визначати зміст установчих документів), здійснювати (у т.ч. формувати програму діяльності, визначати партнерів та умови договорів, конкурувати, залучати різноманітні ресурси, установлювати ціни на продукцію та послуги, наймати працівників, розпоряджатися прибутком), змінювати (вид, характер, організаційну форму) та припиняти підприємницьку діяльність [32].

Слід додати, що чимало науковців позитивно, але не безумовно, відповідають питання щодо існування свободи господарського договору. Зокрема, В. С. Мілаш серед принципів правового регулювання господарської діяльності виділяє свободу господарського договору. Так, пише авторка, аналіз чинного господарського законодавства (чисельних законів, які упорядковують відносини в межах різних ринкових сегментів – ринку електроенергії, цукру, лікарських засобів тощо) дає підстави виділити окрім названих принципів правового регулювання господарської, у тому числі господарсько-договірної, діяльності, такі як: свобода господарського договору у визначених законом межах; збалансування приватних і публічних інтересів у сфері господарювання (принцип пропорційності); забезпечення раціонального використання природних ресурсів у сфері господарювання; пріоритетність збереження здоров'я людини та охорони тваринного світу, навколишнього середовища щодо економічного ефекту, захист слабкої сторони господарського договору; принцип добросовісної та чесної ділової практики; принцип відповідальності суб'єктів господарювання тощо [4, с.13].

О. А. Беяневич вказує на те, що у сфері господарювання свобода договору є допустимою лише тією мірою, якою вона не суперечить інтересам всього суспільства. Адже господарський договір як правова форма господарських зв'язків є специфічним правовим засобом, в якому поєднуються публічні інтереси суспільства в цілому та приватні інтереси окремих суб'єктів господарювання [33, с. 7]. А також, для господарських договорів, обтяжених публічним компонентом, принцип свободи договору діятиме у звуженому вигляді, і межі його дії

визначатимуться публічною, соціальною спрямованістю таких договорів, їх юридичною метою та об'єктом [34, с. 68].

Водночас слід зазначити, що пропозиції щодо автономного закріплення принципу свободи договору в ГК України почали з'являтися у науковій літературі майже одразу після прийняття ГК [35, с. 39]. Тим не менш, зазначає О. А. Беяневич, незважаючи на зовнішню привабливість такої позиції, остання викликає низку заперечень. По-перше, законодавець повинен у спеціальному законі, яким є Господарський кодекс, очевидно, зафіксувати не тільки і не стільки правові засоби закріплення свободи договору (у вигляді норм-принципів та диспозитивних норм), скільки її обмеження (імперативні норми). Зважаючи на нормативний матеріал, наявний в ГК, можна сказати, що такі обмеження в кодексі присутні, а в деяких випадках – надміру і безпідставно (зокрема, це стосується вимог ст. 198 ГК про валюту грошових зобов'язань). По-друге, вказівка ст. 175 ГК на застосування до майнових зобов'язань, що виникають між учасниками господарських відносин, норм ЦК вже орієнтує на те, що принцип свободи договору, який відображено в ст. 627 ЦК, повинен тлумачитися в цілому однаково і для господарських договірних відносин. Закріплення в ГК принципу свободи договору буде дублюванням положень загального закону, що з точки зору законодавчої техніки навряд чи виправдане. Вчена резюмує: «для потреб правореалізації та правозастосування важливо визначити, як співвідноситься цивілістичний принцип свободи договору та засади регулювання договірних відносин, встановлені ГК, оскільки останні, як уявляється, не конфліктують із принципом договірної свободи, а доповнюють, конкретизують його відповідно до особливостей сфери господарювання» [3, с.121].

Однак, спроба законодавчого закріплення принципу свободи договору як одного з основних принципів господарської діяльності все ж мала місце. Так, за законодавчою ініціативою КМУ 19.08.2008 року був внесений на розгляд ВРУ проект Закону України № 3060 «Про основні засади господарської діяльності» [36]. На жаль, розроблення цього Проекту було пов'язано із неможливістю узгодити ЦК і ГК, а тому єдиним вирішенням ініціаторами Проекту бачилася ліквідація ГК

України. Так, у пояснювальній записці зазначається, що Проект Закону розроблено у зв'язку з витягом з протоколу № 16 засідання Кабінету Міністрів України від 9 квітня 2008 року, за яким Мін'юсту за участю заінтересованих центральних органів виконавчої влади з метою усунення правових колізій між Цивільним і Господарським кодексами України у двомісячний строк доручено розробити та подати для розгляду на засіданні Кабінету Міністрів 9 липня законопроект про скасування Господарського кодексу України. Це пов'язано з тим, що прийняття Верховною Радою України Цивільного та Господарського кодексів України (ЦК та ГК) та набрання ними чинності 1 січня 2004 року призвело до виникнення численних правових колізій та розбалансування законодавства. Так, ЦК і ГК пропонують різні підходи до врегулювання однакових відносин, внаслідок чого при вирішенні аналогічних спорів суди надають перевагу в одному випадку ЦК, в іншому - ГК. І це не єдина проблема, яка виникла із застосуванням двох Кодексів, зазначається у записці.

Сам Проект було відкликано 11.03.2010 року, та це й не дивно, адже навіть обґрунтування необхідності прийняття акта виглядає суперечливо. З одного боку, ініціатори Проекту, аргументуючи необхідність визнання ГК таким, що втратив чинність, наголошують на тому, що ГК регулює відносини, пов'язані з реалізацією права власності, регламентує діяльність юридичних осіб та визначає загальні положення про зобов'язання. Водночас зазначені відносини є предметом регулювання ЦК. З іншого боку, пропонується закріплення принципу свободи договору, який вже відображено в ст. 627 ЦК, та за логікою суб'єктів законодавчої ініціативи навпаки повинно призвести до розбалансування законодавства.

Хотілося б доповнити, що це не перша ініціатива скасування ГК України на підставі неузгодженості двох кодексів, проте одна з тих, що дійшла до реєстрації у ВРУ. Загалом, спроб було близько чотирьох, оскільки зірвати прийняття ГК України у 2003 році не вдалося, то його противники зосередили свої зусилля на скасуванні цього кодексу [37, с. 271-272].

Перша спроба скасування ГК України була здійснена у 2005 році. Ініціював питання щодо ліквідації кодексу та включення його основних частин до чинного

ЦК України тогочасний Міністр юстиції України Роман Зварич. На початку року навіть група іноземних радників «Блакитна стрічка», а потім і експерти на «Економічному форумі» висловилися щодо неприпустимості дублювання правових норм у ЦК України та ГК України і доцільності скасування останнього, замінивши його «пакетом комерційних законів».

Друга спроба – 2008 рік, про який зазначено раніше. У 2015 році знов ініціюється питання щодо ліквідації ГК України. На цей раз заступник міністра юстиції з питань європейської інтеграції Сергій Петухов зазначив, що ГК України не модернізувався протягом 10 років і не відображає реального стану речей, документ заважає веденню бізнесу в Україні.

Наприкінці 2019 року наукову спільноту ще раз сколихнула новина про реєстрацію у Верховній Раді України законопроекту № 2635 «Про внесення змін і доповнень до деяких законів України з метою вдосконалення цивільного законодавства» [38].

Однак, інтерес саме до Проекту 2008 року в рамках цього дослідження викликає положення, що називає та визначає зміст принципу свободи договору у якості принципу господарської діяльності. Так, у статті 3 Проекту зазначається, що принцип свободи договору полягає у: вільному виборі предмета, контрагента договору та визначенні умов договору, що не суперечать закону; господарській самостійності сторін договору; належному виконанні договору; відповідальності за неналежне виконання та невиконання умов договору відповідно до закону. Слід додати, що Головним науково-експертним управлінням у висновку на вказаний Проект все ж пропонувалося вилучити загадану статтю з проекту з огляду на таке. Принцип свободи договору слід розглядати як принцип зобов'язального права, що зроблено у ст. 6 та 627 ЦК України, а не як принцип господарської діяльності, як пропонується у ст. 3 проекту.

Ще раз хочеться наголосити, що О. А. Беяневич слушно зазначає про важливість визначення в контексті правореалізації та правозастосування, як співвідноситься цивілістичний принцип свободи договору та засади регулювання договірних відносин, встановлені ГК. Водночас вбачається правильною позиція

науковців щодо автономності закріплення принципу свободи договору в ГК України. В цьому дослідженні хотілося б надати власну оригінальну оцінку правовій природі договірної свободи в господарському праві. Тож, у наступних підрозділах спробуємо обґрунтувати висловлену позицію на основі проблеми свободи волі, а також поєднання волі та волевиявлення.

1.2. Свобода волі як елемент свободи договору

У принципі свободи договору реалізується теоретико-правова категорія свободи волі. Неможливо не погодитись з А. С. Романовою, яка досліджує феномен свободної волі (свободи волі) в природно-правовому дискурсі. Так, науковиця зазначає, що в епоху зміни систем цінностей і філософських основ світогляду простежується сплеск інтересу до філософського осмислення особливостей права. Право, маючи у своїй основі такі нормативні критерії, як рівність, свободу, справедливість, об'єктивно спрямовується на встановлення правопорядку і стабільності у суспільстві, суворого й неухильного дотримання законів держави, забезпечення прав і свобод людини. Філософський підхід до дослідження правових проблем в умовах сучасного українського суспільства набуває особливого звучання, даючи змогу зрозуміти суть багатьох кардинальних перетворень під час переходу суспільства до нового якісного стану. Автор також акцентує увагу на тому, що розмежування природно-правового і соціоприродного просторів є умовним. Зазначені простори взаємопроникні і не виключають один одного [39, с. 410].

Досліджуючи проблему принципу свободи волі в праві, В. О. Процевський та В. І. Горбань зазначають, що словосполучення «свобода волі» виявляє одну з вихідних позицій права, де головне слово – свобода, за афоризмом Г. Гегеля, визначає мету прагнень духовного змісту людини, а воля є засобом реалізації мети [40, с. 8]. Однак, слід зазначити, що існує думка, відповідно до якої свобода волі нерідко ототожнюється із просто волею, а самі поняття не розмежовуються. Так, в новоєвропейській традиції поняття «воля» передається поняттям «свобода волі»

(free will). Звідси можна зробити висновок про те, що категорії свободи та свободи волі (волі) не можна ототожнювати – співвідношення між ними як між родовим і видовим поняттям.

Принцип свободи волі є обговорюваним у правовій науці як щодо його змісту в цілому, так і щодо окремих його складових – свободи та волі. Так, наприклад, про важливість категорії свободи пише О. С. Яворська, наголошуючи, що категорія «свобода» в договірних відносинах є визначальною. Для задоволення особистих інтересів за допомогою договорів сторони мають активно взаємодіяти, домовлятися, досягати компромісів, у чому проявлятиметься максимум їхньої свободи, оскільки взаємодія – це завжди свідомо вольові відносини між особами. [41, с. 5].

Деякі вчені акцентують увагу на тому, що свобода волі учасників є невід’ємною ознакою приватноправових відносин і сутнісною основою принципу свободи договору [14, с. 133].

Разом з цим, науковці В. О. Процевський та В. І. Горбань акцентують увагу на тому, що проблему в праві створює не сам плюралізм підходів до тлумачення принципу свободи волі, а використання метафізичного методу (зокрема чи в еkleктичному поєднанні з протилежним щодо нього діалектичним методом), що призводить до абсолютизації принципу свободи волі у його відриві від взаємозв’язку з іншими принципами права в їхньому системному історичному розвитку [40, с. 8].

В цілому, позиція авторів видається логічною, адже якщо говорити про метафізику як метод дослідження, то на відміну від діалектики, такий спосіб мислення розглядає речі та явища як незмінні та незалежні один від одного. Свобода волі в праві не може розглядатися ізольовано, адже людина не може існувати відокремлено від соціуму та його впливу. Діалектичний метод на противагу метафізиці визнає універсальний зв’язок усіх явищ природного, соціального і духовного вимірів дійсності та розвиток її.

Такий ліберально-ідеологічний підхід до праворозуміння, про який говорять науковці, на практиці створює умови для маніпуляцій свободою волі, в тому числі

і такому її прояві, як свобода договору. Яскравим прикладом маніпуляцій принципом свободи договору (у абсолютному розумінні) є період американської юридичної історії з 1897 по 1937 роки, відомий як епоха Лохнера (Lochner era)[42]. Ілюстративним кейсом, що дав назву цій епосі, вважається справа *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Джозеф Лохнер, власник домашньої пекарні *Lochner's Home Bakery* в Ютиці, заявив, що Закон про кондитерські вироби Нью-Йорка 1895 року суперечить Конституції. Закон про пекарні регулює умови здоров'я в пекарнях і забороняє працівникам пекарень працювати більше 10 годин на день або 60 годин в тиждень. У 1899 році Лохнерові було пред'явлено звинувачення в порушенні статті 110 глави 415 Закону 1897 року, оскільки він неправомірно і незаконно дозволив працівнику, який працює на нього, працювати більше 60 годин на тиждень. Однак, Верховний суд США визнав закон про обмеження робочого часу неконституційним, виступаючи за свободу договору, заявивши, що мало місце «необґрунтоване, непотрібне та довільне зазіхання на право і свободу окремих осіб укладати договори». Пізніше рішення цієї епохи, що відміняли федеральні закони через обмеження договірної свободи, піддалися критиці серед науковців та застосовуються як приклад того, як судді не повинні себе поводити.

Іншої думки притримується І. А. Лавріненко, досліджуючи зміст та поняття волі при укладенні правочину. Автор частково погоджується з тим, що використання метафізичного методу при дослідженні правових явищ може мати негативний вплив, адже психологічна наука має самостійний предмет та методи дослідження. Проте постає питання, яким же чином тоді можна поєднувати результати цих досліджень та чи не впадемо ми у вкрай психологізаторський підхід стосовно цієї матерії, яка підкоряється волі закону? Відповідь на це питання, як зазначає автор, видається негативною, адже психологічний підхід до категорії «воля» надає можливість встановити дефініцію цього поняття, з'ясувати його природу та, що вкрай важливо, юридичне значення [43, с. 226].

У такому зв'язку, науковець поділяє думку Д. Д. Грімма, котрий писав, що психологічний аналіз видається цілком необхідним, так як без певних психологічних положень не може обійтися не тільки жодна загальна теорія

юридичних дій, а й жодна спеціальна теорія правочинів. Отже, правові науки не створюють відмінних від психології понять, а лише використовують їх. Тому нехтувати надбаннями психологічної науки немає жодних підстав, ураховуючи, що наприклад, кримінальне право, оперує такими категоріями, як умисел, необережність, а цивільне – воля, єдність волі та волевиявлення тощо. Необхідно додати, що і господарське право також оперує поняттям волевиявлення в частині регулювання господарських договорів, що становить особливий інтерес в дослідженні договірної свободи [43, с. 226].

Слід зазначити, що спроби пізнання феномену свободи за допомогою діалектики свого часу були втілені Б. П. Карнауком у статті «Діалектика свободи: синтез вибору і необхідності» [44]. Центральною категорією діалектики як методу наукового дослідження можна назвати «діалектичне протиріччя» – це відношення між протилежностями. Протилежностями називають компоненти системи, що мають протилежне напрямом змін – тенденція до стійкості і тенденція до мінливості (як правило). Взаємодія протилежностей в рамках протиріччя розкривається як їх єдність і боротьба. Єдність протилежностей в тому, що вони взаємо передбачають один одного. Боротьба протилежностей в тому, що вони взаємовиключають, взаємозаперечують один одного. Розвиток являє собою процес виникнення, зростання, загострення, дозволу багатьох протиріч.

У своїй роботі автор прагне синтезувати визначення дійсної свободи шляхом обґрунтування трихотомії її діалектичного розвитку, для якої: теза – свобода вибору; антитеза – моральна необхідність (обов'язок); синтез – свобода як дійсне буття. При аналізі тези – свободи вибору, автор виокремлює три елементи потенції вибору. Першим є автономія волі індивіда, тобто її незалежність від вольового спрямування інших суб'єктів соціального спілкування. Автор цитує І. О. Ільїна, який розглядає автономію волі як відсутність фізичного та психічного примусу. Крім того, у роботі наводиться розмежування понять примусу та пригнічення волі [44, с. 126].

Так, науковець говорить, що від примусу як встановленого зовні обумовлення дій обтяжливими наслідками (негативного стимулювання), необхідно

відрізнати пригнічення волі, яке стало можливим завдяки розвитку природничих та технічних наук у сфері дослідження людської психіки. На відміну від примусу, який лише формує додаткові мотиви і негативні стимули для бажаної, з точки зору суб'єкта примусу, поведінки, але залишає вибір за підвладним, пригнічення волі повністю нівелює здатність душі до свідомого вибору [44, с. 126].

Наступним елементом для потенції вибору автор виділяє ситуаційну наявність варіативного ряду – множини альтернатив. Множина альтернатив виступає матеріальною передумовою вибору і описує простір можливостей, що зумовлюється незалежними від суб'єкта зовнішніми об'єктивними факторами (законами природи, обстановкою вибору, діями інших осіб, фізичними можливостями та ін.) [44, с. 126].

І третьою умовою свободи вибору є здатність сформулювати мотив поведінки. Вільне формування мотиву відбувається на основі знань про потребу, засоби її задоволення, про обмеження щодо використання тих чи інших засобів, а також про наслідки власних дій. Узагальнено свобода вибору представляється автором за сукупності таких умов: автономія волі, під якою слід розуміти відсутність обтяжень волі примусом або пригніченням; існування об'єктивно зумовленого варіативного ряду – множини альтернатив, що описує простір можливостей з позицій об'єктивного; наявність знань: 1) про потребу, якою зумовлюється дія; 2) про засоби її задоволення; 3) про обмеження щодо використання тих чи інших засобів; 4) про наслідки власних дій [44, с. 126].

Теорія, що описується науковцем відома у аналітичній філософії як «аргумент альтернативних можливостей». Можна зробити висновок, що автором множинність альтернатив розглядається у якості центральної умови. Якщо це так, то «прибравши» цей елемент, отримаємо відсутність вибору, що в свою чергу призведе до нівелювання тези (свободи вибору) та взагалі запропонованої трихотомії.

Спробуємо переоцінити значення наявності вибору та інваріантності поведінки для тлумачення свободи волі, та відповідно і для договірної свободи. Тож, підтримуючи позицію щодо поєднання результатів досліджень психологічної

та правової науки, продовжимо дослідження проблем свободи волі, використовуючи надбання нейронаук.

Нейронауки як міждисциплінарна галузь знань включають в себе дослідження когнітивних наук, хімії, біології, медицини, фізики, філософії та психології. Розвиток нейронаук призвів до появи нових дисциплін. Зокрема, одним із перспективних напрямів дослідження є нейроправо. Слід зазначити, що в Україні такий науковий напрям характеризується слабкою методологічною базою, а тема співвідношення права та нейронаук є рідко обговорюваною у вітчизняному науковому просторі. Проте було б помилковим твердження про те, що понятійний апарат юридичної науки не змінюється під впливом нових напрямів дослідження. Бачиться, що надбання таких міждисциплінарних галузей знань можуть відповідати запитам та потребам правової сучасності.

За матеріалом, опублікованим у *Fordham Law Review* у 2016 році [45], найперша публікація, присвячена дослідженню взаємодії права та нейронауки, датована 1984 роком - Deborah Denno, *Neuropsychological and Early Environmental Correlates of Sex Differences in Crime* (1984). Сам же термін «нейроправо» з'являється пізніше – у 1991 році, та символізує зародження однойменної наукової галузі. Steven K. Erickson пише, що нейроправо зобов'язане своєю славою скромному, та здавалось би, невинному початку. Юрист Дж. Шеррод Тейлор вивів термін для позначення «конвергенції курсів» нейропсихології та правової системи [46, с. 35]. За узагальненими статистичними даними репозиторій наукових матеріалів на тему нейроправа за період з 1984 року по 2015 рік налічував 1400 публікацій [45].

У 2016 році Oxford University Press видало колективну монографію «Філософські основи права і нейронаук» (*Philosophical Foundations of Law and Neuroscience*, 2016) [47].

З точки зору правової науки, беззаперечно, існує декілька важливих питань, наукове обґрунтування яких не тільки позначиться на розвитку досліджень в області права, а й дозволить адаптувати існуючі моделі права до людської природи. Науково-дослідні праці на перетині областей нейронауки та права можливо

поділити на два основних напрямки. По-перше, це проблеми, що знаходяться в основі права (свобода волі, відповідальність та мотивація). Другий напрямок відповідає проблемам, обмеженим тільки певною сферою права. Як-то, договірна доктрина.

Тож, спробуємо розкрити природу договірної свободи через призму свободи волі, яка в свою чергу є окремим об'єктом дослідження в аналітичній філософії. Центральною проблемою, яка являється предметом багатьох дискусій в світовій філософській спільноті та серед представників нейронаук, є співвідношення двох концептів: свобода волі та об'єктивна необхідність (детермінізм).

Постановка вказаної проблеми була чітко сформульована філософом Нового часу Девідом Юмом у трактаті «Дослідження стосовно людського пізнання» (англ. *An Enquiry Concerning Human Understanding*, 1748) [48]. Девід Юм для вирішення одвічної проблеми свободи волі запропонував таке її розуміння, при якому остання є детермінованою, а об'єктивна необхідність не суперечить, а передбачає свobodну волю. По суті, таке положення це те, що згодом стали називати класичним компатибілізмом.

Дослідження свободи волі в історичній ретроспективі, починаючи з часів Д. Юма, дозволяє зрозуміти, що зміст цього поняття значно ширше за нормативне значення, де поняття волі можна легко замінити рішенням, вибором тощо.

Сучасна дискусія про свободу волі призвела до розколу на три табори: детермінізм, індетермінізм (лібертаріанізм) та компатибілізм. Заради справедливості, варто зазначити, що донедавна виділяли лише дві доктрини - детермінізм та індетермінізм (лібертаріанізм). Визначальним є те, як кожна із теорій відповідає на питання: «Чи є людина вільною?».

Так, детермінізм, який ще часто називають інкомпатибілізм (як опозиція до компатибілізму) постулює, що людські дії та рішення каузально детерміновані. У разі абсолютного детермінізму свобода волі як можливість діяти інакше може бути відсутньою, якщо усі стани та процеси детерміновані.

Індетермінізм (лібертаріанізм) передбачає, що індивід має повністю свobodну волю та кожне його проявлення активності – абсолютно свідомий та

підконтрольний вибір, що знаходиться за межами причинної обумовленості. Загалом, лібертаріанізм заперечує детермінізм та визнає свободу волі.

Стосовно поглядів компатибілізму (від англ. *compatible* – сумісний), ця течія наголошує на тому, що свободна воля сумісна з детермінізмом. Позиція компатибілізму передбачає можливість поєднання детермінізму та моральної відповідальності особи.

Детально розібратися із вказаними концепціями дозволить аналіз, запропонований норвезьким вченим Ларсом Свендсенем [49, с. 65-67], котрий під кутом зору свободи людини припускає такі можливі положення:

1. Людина є детермінованою і не вільною.
2. Людина є недетермінованою, але вільною.
3. Людина є детермінованою і вільною.
4. Людина не є ні детермінованою, ні вільною.

Положення 1 і 2 належать до теорій інкомпатибілізму (детермінізму), які стверджують, що свобода та детермінізм є несумісними величинами. Положення 1 часто називають «жорстким детермінізмом», тоді як положення 2 – «лібертаріанізм» (індетермінізм). Положення 3 іменують «компатибілізмом» і стверджують, що свобода та детермінізм є сумісними величинами. Положення 4, яке відкидає і свободу, і детермінізм, не дістало якоїсь загальноновизнаної назви, часто його характеризують терміном «скептицизм» [49, с. 66].

Компатибілізм часто характеризують як «м'який детермінізм». Терміни «жорсткий» і «м'який» детермінізм можуть бути оманливими. Відмінність між цими двома поглядами полягає винятково у тому, що «жорсткий» детермінізм стверджує, що детермінізм і свобода є несумісними, тоді як «м'який» детермінізм доводить сумісність цих понять [49, с. 66].

Автор пояснює компатибілістичне розуміння вільної дії, як такої, що засновується на розрізненні між поведінкою, яка визначена зовнішніми силами, і поведінкою, яка визначається власним вибором і бажаннями особи. Дія вважається вільною доти, доки ніщо не перешкоджає особі діяти так, як вона бажає, або доки ніщо не змушує особу діяти всупереч власним бажанням. Дія повністю

визначається ситуацією, в якій перебуває особа, а цю ситуацію визначають причини, що їй передують, проте сама дія такою ж мірою цілком визначена станом особи. І навпаки, дія не вважатиметься вільною, якщо буде хтось, хто змусить особу виконувати цю дію [49, с. 81].

Більшість сучасних філософів є компатибілістами, але є також і лібертаріанці. Прихильники «жорсткого» детермінізму трапляються вкрай рідко, проте ця позиція досить добре репрезентована, наприклад Дерком Перебумом у праці «Living without Free Will» (Derk Pereboom, 2001). А у своєму доробку «Оптимістичний скептицизм відносно свободи волі» (Pereboom D. *Optimistic Skepticism about Free Will*, 2013) автор заперечує інкомпатибілізм, для якого доступність альтернативних можливостей має принциповий характер для пояснення моральної відповідальності – так званий *leeway incompatibilism*. Навпроти, автор розділяє точку зору інкомпатибілізму, котрий приписує більш важливу роль каузальній історії поведінки. Перебум стверджує, що моральна відповідальність агента за дію пояснювалась би в першу чергу каузальною історією цієї дії, в якій агент особливим способом являється джерелом такої дії. Таким чином, Перебум віддає перевагу інкомпатибілізму джерела (*source incompatibilism*), а не інкомпатибілізму альтернатив [50].

Найменш численними є послідовники скептицизму, але й він має сильних прибічників (Galen Strawson: *Freedom and Belief*, 1991). Окремі теоретики комбінують позиції, наприклад, намагаючись об'єднати «жорсткий» детермінізм і компатибілізм (Saul Smilansky: *Free Will and Illusion*, 2000).

У колективній монографії «Філософські основи права і нейронаук» М. Пардо та Д. Паттерсон зазначають, що правова доктрина повинна базуватися на компатибілізмі, коли незалежно від законів природи особа вільна діяти та поводитися за власним вибором, так як без визнання моральної відповідальності неможливо обґрунтувати юридичну відповідальність та юридичні наслідки. Тож, очевидно, що однією із тез компатибілізму, що входять в дискурс юриспруденції є наступна: індивід свободний до тих пір, поки не стикається із внутрішніми та

зовнішніми бар'єрами, що не дозволяють йому діяти у напрямку задоволення своїх намірів та інтересів [47, с. 221].

Таким чином, вирішення проблеми свободи волі в праві лежить у площині компатибілізму, головною тезою якого є сумісність свободної волі та детермінізму (об'єктивної необхідності). Також слід зазначити, що майже кожна диспозитивна норма в загальній законодавчій масі характеризується наявністю «маркера», який в узагальненому вигляді можна представити таким формулюванням: «якщо інше не передбачено законом чи договором». Таке формулювання приводить до висновку, що трактування юриспруденцією проблеми свободи волі стоїть на позиції компатибілізму, що заключається в тому, що індивід свободний до тих пір, поки не стикається з примусом чи іншими бар'єрами. З огляду на це, договірна свобода має також розглядатися як синтез свободної волі та необхідності. Хотілося б наголосити, що саме необхідності, а не, наприклад, обмеження. Якщо останнє передбачає певні межі здійснення свободи, то необхідність (детермінізм) передбачають умови реалізації такої свободи.

Іншою проблемою в контексті визначення свободи волі є той факт, що останніми роками погляд на зазначене питання у науковій літературі будувався здебільшого на концепції альтернативних можливостей. Остання ж передбачає, що свобода людини обґрунтована якнайменше тим, що вона мала можливість діяти інакше, ніж це «продиктовано» реальним причинно-наслідковим зв'язком. В узагальненому вигляді принцип альтернативних можливостей представляє собою тезу: людина є морально відповідальною за те, що вона робить, лише якщо вона може діяти інакше.

На початку 50-х років ХХ століття дискусія щодо теорії альтернативних можливостей, що, умовно, можна виразити словосполученням «можливість вчинити інакше» розгорнулася у новому напрямку. Здебільшого причиною такого поштовху стала стаття Гаррі Франкфурта «Альтернативні можливості та моральна відповідальність» у 1969 році [51, с. 830]. Саме Гаррі Франкфурт сформулював контраргумент для альтернативних можливостей. Експеримент Франкфурта можна описати таким чином. Джонс вирішив вбити Сміта. Блек знає про намір Джонса і

хоче, щоб той убив Сміта. Але Блек хотів би, щоб Джонс убив Сміта без його допомоги. Однак, побоюючись, що Джонс може похитнутися у своєму намірі убити Сміта, Блек таємно організує все так, що якщо Джонс подасть хоч якийсь знак, що він не вб'є Сміта (у Блека є можливість це визначити), Блек зможе маніпулювати Джонсом у такий спосіб, щоб той убив Сміта. Все відбувається так, що Джонс слідує своїм планам і вбиває Сміта зі своїх власних міркувань. Ніхто інший не погрожував Джонсу і не змушував його, не намагався підкупити і навіть не пропонував убити Сміта. Джонс убив Сміта самостійно. Блек так і не втрутився. У цьому прикладі Джонс убив Сміта сам і зробив це безперешкодно, тобто вільно. Але, беручи до уваги присутність у цьому сюжеті Блека, Джонсу було нічого іншого робити, крім як вбити Сміта. Таким чином, ми отримуємо контрприклад альтернативним можливостям.

У 2016 році за авторства Кароліни Сарторіо (Carolina Sartorio, 2016) вийшла книга «Causation and Free Will», яка мала революційний вплив на проблему визначення свободи волі. В своїй книзі «Causation and Free Will» авторка захищає новий погляд, пропонуючи концепцію фактичних причинно-наслідкових зв'язків ACS (мовою оригіналу – actual – causal-sequence). Аналіз основних ознак, зазначених Сарторіо для ACS, дозволяє прийти до наступного. Фактичні послідовності являють собою причинно-наслідкові зв'язки. Свобода є функцією цих фактичних послідовностей в тому сенсі, що певні події причинно зв'язані між собою, а не просто, що ці події відбуваються. Це означає, що концепція фактичних послідовностей не може ігнорувати роль причинності в обґрунтуванні свободи. Своєю чергою, ідея про те, що свобода являється виключно функцією фактичних послідовностей приводить до твердження про супервентність: свобода супервентна фактичним послідовностям [52].

Поняття супервентності являється центральним в сучасній аналітичній філософії та досить часто використовується у філософії свідомості для опису залежності ментальних явищ від фізичних. Принцип супервентності інтерпретується різними способами, однак його вихідна трактовка була надана Дональдом Девідсоном, котрий в 1970 році спробував позбавити матеріалізм від

редукціонізма, показав сумісність принципу детермінізму з визнанням автономії ментальних подій, тобто з визнанням свободи волі людей та їх можливості самостійно приймати раціональні та моральні рішення [53].

Коли ми запитуємо, що могло б обґрунтувати свободу людини, ми запитуємо про умови, які б забезпечили, щоб ця людина була вільною. Отже, що може довести та обґрунтувати свободу? Ось дві конкуруючі і вже знайомі відповіді на це питання. Концепція альтернативних можливостей, або ж можливостей діяти інакше, відповідає, що, коли агенти вільні, їхня свобода заснована принаймні на тому факті, що вони можуть чинити інакше. Натомість концепція фактичних послідовностей відповідає, що, коли агенти вільні, їхня свобода ґрунтується лише на фактах, що належать до реальних процесів чи послідовностей подій, що виникають у їхній поведінці [54].

Згідно з відповіддю «альтернативних можливостей», свобода агентів заснована принаймні на володінні певними можливостями, у світлі яких агенти мають доступ до інших можливих варіантів поведінки. Коли агенти діють вільно, вони реалізують один конкретний шлях із кількох доступних їм відкритих можливостей. Той факт, що вони могли діяти інакше, частково означає, що вони вільні або контролюють ситуацію [52].

Натомість, згідно концепції фактичних послідовностей, свобода агентів заснована лише на фактах, що належать до дійсної (реальної) послідовності подій. Оскільки можливість агента чинити інакше виходить за рамки цієї фактичної послідовності, уявлення фактичної послідовності тягне за собою, на відміну від точки зору альтернативних можливостей, що свобода зовсім не ґрунтується на можливості чинити інакше. Важливим мотивом для цього погляду є думка про те, що лише фактори, які справді відіграють роль у поясненні того, як ми діємо, можуть мати відношення до нашої відповідальності чи свободи.

Зокрема, як зазначає Гаррі Франкфурт (1969) здається недоречним намагатися виправдати нашу поведінку апеляцією до факторів, які не відігравали жодної ролі в поясненні того, що ми зробили. Згідно з уявленням про фактичну послідовність, навіть, якщо для нас відкритий лише один шлях, наші дії не є

примусовими, якщо вони не мають певного роду причинно-наслідкової історії, і вони можуть бути вільними тією мірою, якою вони мають правильний вигляд причинної історії.

Таку думку поруч із Франкфуртом відстоювали кілька компатибілістів - Фішер і Равіца, а також деякі інкомпатибілісти. Так, до прикладу, компатибілізм Фішера включає в себе три основні ідеї: направляючий контроль за дією, увага до розумних доводів та «власність» на механізм прийняття рішень [54]. Направляючий контроль дозволяє людині самостійно приймати рішення та діяти, навіть не маючи об'єктивних можливостей «діяти інакше». Можливість «бути уважним» до розумних доводів пояснює раціональність людини у процесі прийняття рішень та її зв'язок з оточуючим світом. Нарешті, критерій «власності» у відношенні механізму прийняття рішень вказує на те, що цей механізм коріниться в самій особистості людини.

Розмірковуючи про свободу волі, філософи дискутують, чи сумісна можливість діяти інакше з детермінізмом. Однак чи справді здатність вчинити інакше в будь-якому сенсі важлива для моральної відповідальності? Можливо, здатність вчинити інакше мимоволі ототожнюється нами з відсутністю примусу та добровільністю? Та чи справді такий зв'язок існує? При вивченні цього питання Франкфурт доходить до висновку, що моральна відповідальність не вимагає здатності вчинити інакше. Яким чином це відбувається? Для демонстрації незалежності моральної відповідальності від здібності вчинити інакше Франкфурт описує клас випадків, у яких обставини виключають можливість вчинити інакше, проте людина, тим не менш, діє за своєю волею та інтуїтивно несе повну моральну відповідальність за зроблене.

Загалом, стаття «Альтернативні можливості та моральна відповідальність» Франкфурта демонструє несуттєвість можливості вчинити інакше (із відповідного розуміння свободи волі) для питання про моральну відповідальність. Однак у чому полягає володіння свободою волі на думку Франкфурта? В «Альтернативних можливостях...» він стверджує, що людина несе відповідальність за свій вчинок, якщо вона справді хотіла (*really wanted*) його зробити. Очевидно, теорія вільної дії

Франкфурта ніяк не використовує вираз «міг вчинити інакше». Важливо не те, чи могла людина вчинити інакше, а те, чи контролює вона свої бажання.

Деякі компатибілісти йдуть далі, доводячи, що детермінізм являється умовою свободи, а не перешкодою для неї. Класичний приклад такої стратегії можна знайти у Юма. У першій половині 20-го століття Р. Хобарт [55], М. Шлік [56] та А. Айер [57] розвинули та вдосконалили умовний аналіз Юма, сформулювавши більш чітко ряд критеріїв, яким має відповідати умовна пропозиція, що описує здатність людини діяти так чи інакше, і сформулювавши цим підхід до проблеми свободи волі, який отримав назву «класичного компатибілізму».

Цей підхід був підданий критиці в статтях Джона Остіна [58] та Кіта Лерера [59], але отримав нове формулювання, що дає відповіді на критичні зауваження Остіна та Лерера, у працях таких сучасних аналітичних філософів, як Кадрі Віхвелін [60] та Майкл Фара [61], чиї концепції відомі під назвою «диспозиціоналізму» - тобто аналізу характерних свободі волі здібностей особи вчинити інакше залежно від низки специфічних умов.

Бачиться, що і вирішення питання щодо природи договірної свободи може знаходитися у площині досліджень проблеми свободної волі в дискурсі аналітичної філософії. Тож, чи дійсно наявність альтернативного вибору та інваріантності поведінки є визначальним для свободи волі та відповідно для свободи договору? Чи дійсно диспозитивність є межею розподілу приватно-правових та публічно-правових відносин? В. О. Процевський та В. І. Горбань з цього приводу зазначають, що сучасні тлумачення свободи волі в праві як незалежної від зовнішнього впливу, як виключно диспозитивної в приватно-правових відносинах, а не поєднуваної з імперативним публічно-правовим регулюванням циклічно відроджують розуміння боротьби як джерела розвитку права до свободи [40, с. 16]. Науковці репрезентують вказану думку щодо диспозитивності на прикладі принципу свободи договору. Так, зазначається, що, якщо тлумачити свободу волі сторін договору за метафізичним методом як виключно вільного вибору суб'єктом будь-яких свідомих дій без зовнішнього впливу, то справедливість, добросовісність і розумність договору

регулюється диспозитивно і залежить від збігу обставин в кожному конкретному випадку. Тобто рівна сила волі сторін договору чи ні, якщо ні, то як скористається сильніша сторона договору свободою своєї волі: справедливо, добросовісно і розумно відносно до слабшої сторони договору або ні. Історичний досвід договірних відносин у несоціальних державах свідчить про соціальну нестабільність і постійну боротьбу знедолених проти панівних кривдників. Доктрина і практика зведеної в абсолют свободи волі й основаної на ній свободи договору обслуговувала і досі обслуговує соціально несправедливе суспільство [40, с. 21].

Така думка є актуальною, та навіть, переважною у науковій спільності. Так званий «Аргумент диспозитивності», який, за загальним правилом, багатьма вченими розглядається як вираження саме свободної поведінки та є мірилом умовної несвободи учасників договірних правовідносин.

Так, Ю. В. Цюкало пише, що сторони самі обирають вид договору, який регулюватиме їх взаємні відносини. У цьому, на його думку, виявляються диспозитивні начала цивільного права [62, с. 209]. Далі вчений наводить класифікацію думок стосовно питання сутності свободи договору у правовій літературі. Одні автори, які зверталися до проблем договірної свободи у цивільному праві України, називають її принципом цивільного права (наприклад, А. В. Луць). Інші, пише Ю. В. Цюкало, посилаються на ст. 627 ЦК України і беззастережно визнають свободу договору принципом договірного права (наприклад, С. М. Бервено). Існує також і третя група вчених, які взагалі окремо не виділяють даний принцип, а включають його до змісту принципу диспозитивності та ініціативності учасників цивільних правовідносин. До останньої групи вчених можна віднести Н. Ю. Голубєву [63] та С. С. Немченко [6], які висловлюють думку по те, що принцип свободи договору є однією з фундаментальних засад цивільно-правового принципу диспозитивності, є одним з його втілень.

На цій підставі диспозитивність вважається ознакою цивільних правовідносин і, відповідно, елементом юридичної (договірної) свободи. Досить часто така думка слугує аргументом «проти» у дискусії про те, чи існує (та чи

доцільна) договірна свобода у господарських правовідносинах, особливо для тих, що характеризуються наявністю публічного компоненту. Загалом, диспозитивність багатьма вченими визначається як вихідна засада, принцип приватного права [64].

Деякі вчені [65, с. 67] при дослідженні свободи договору у вузькоспеціалізованому дискурсі спираються на тезу, що договірна свобода заснована на свободі волевиявлення, а вона, у свою чергу, спирається на свободу волі, що реалізується за допомогою диспозитивності норм цивільного права. Свобода договору реалізується суб'єктами права в цивільному обороті за допомогою диспозитивних норм. Вона ґрунтується на можливості суб'єкта діяти в цивільному обороті за своїм розсудом, а диспозитивність надає суб'єкту цю можливість.

За такою логікою саме наявність вибору поведінки слугує реалізацією договірної свободи. Наявність певного законодавчо визначеного набору правомочностей розуміється як можливість учасника діяти на власний розсуд, діяти вільно. В цьому дослідженні хотілося б навпаки переосмислити, переоцінити розуміння природи договірної свободи. Юридична антропологія фіксує розрив між правосвідомістю та позитивним правом. І цей розрив в умовах глобалізації стає все дедалі більше. Звичайно, існують різні рівні існування проблеми – адвокатський, нотаріальний, суддівський, що можна об'єднати в проблеми правозастосування. А є рівень доктринальний, системний. Бачиться, що проблема свободи договору повинна вирішуватися в тому числі і в площині цього доктринального рівня.

Таким чином, теза про можливість реалізації свободи договору лише у цивільно-правових (приватно-правових) відносинах за допомогою диспозитивності вважається помилковою. Також хибним видається твердження про розмежування приватно-правових відносин від публічно-правових на основі диспозитивності. В обґрунтування цієї думки покладений висновок – контраргумент компатибілізму, - про те, що наявність можливості діяти на власний розсуд, обираючи варіант своєї поведінки не є підставою для свободи чи «вільності» дії. Звідси, можливо стверджувати, що і диспозитивність не обумовлює свободу. Наявність альтернативного вибору не є підставою для характеристики дій

особи як «вільних», адже важливим є причинно-наслідковий зв'язок, котрий, умовно, привів особу до цього вибору.

Це означає, що поведінка особи завжди є детермінованою, зумовленою різного роду обставинами, як зовнішніми, так і внутрішніми. При цьому, детермінованість не дорівнює примусу. Свобода особи не обмежується, вона детермінується, зумовлюється. В аргументацію зазначеної думки можна зазначити наступне. Наявність альтернативного вибору (наприклад, вступати чи не вступати у правовідносини), як аргументу існування недетермінованого світу (свобода «contra-causal» або індетермінована свобода [66]), створює лише ілюзію того, що всі рішення та дії є незумовленими та являються спонтанними актами волі. Насправді ж рішення особи щодо вступу у правовідносини детерміновані внутрішніми (бажання отримати певні вигоди, економічний інтерес тощо) та зовнішніми (розрахунок майбутніх ризиків, юридичних наслідків, наявність прямих заборон у законі тощо) факторами. Або ж розглянемо більш конкретний приклад. Покупцем за договором купівлі-продажу акцій не було виконано відкладальну умову до завершення M&A угоди – регулятор прийняв рішення про відмову у наданні дозволу на економічну концентрацію. При цьому, купівля-продаж акцій, що опосередковується договором може лежати і у публічно-правовій сфері – якщо це стосується міжнародного права чи зовнішньоекономічної діяльності. Як наслідок, за загальним правилом, у сторін не виникають права та обов'язки, передбачені договором купівлі-продажу, а останній вважається невчиненим. У даному випадку «вибір» сторін щодо майбутнього їх правовідносин детермінований зовнішньою обставиною.

Цим прикладом ще раз підтверджується позиція компатибілізму – сумісність свободи волі та детермінізму. При цьому, слід наголосити, що така однозначність твердження має місце лише у рамках дискурсу юридичної науки. Припускається, що існує певний баланс об'єктивності (зовнішньої обумовленості) та суб'єктивності (свободи). Тобто рішення та дії особи обумовлюються як об'єктивними, такими, що від неї не залежать, так і сферою повної свободи, що залишається факторами об'єктивності без контролю.

В. О. Процевський та В. І. Горбань у своєму дослідженні доходять досить революційних висновків, говорячи, що в юридичній практиці тенденція до тлумачення свободи волі проявляється в поєднанні імперативного й диспозитивного методів правового регулювання на основі зникнення різниці між публічним і приватним правом [40, с. 22]. Так, науковці порівнюють тлумачення й реалізацію принципу свободи волі в юридичній практиці сучасних соціальних держав Європейського Союзу, на вступ до якого орієнтується Україна. В особливій сфері зобов'язального права в ЄС 2001 року був прийнятий Закон про його реформування на основі доктрини еквівалентного (справедливого) договору. Ця доктрина й заснована на ній реформа передбачають заміну принципу «автономії приватної волі» в основі свободи договору на посилений захист «слабкої сторони», зокрема споживача, не обтяженого знаннями і досвідом професійного підприємця [40, с. 21].

Таким чином, з усього наведеного можливо дійти наступних висновків. Вирішення проблеми природи свободи договору знаходиться у площині доктринального, системного рівня, та тісно пов'язано із переосмисленням, переоцінкою існуючого праворозуміння. Бачиться, що саме за допомогою антропологічного підходу, який у цьому дослідженні представлений надбаннями нейронаук, аналітичної філософії, можливо надати нову оцінку природі договірної свободи. Свобода волі в цьому контексті відіграє центральну роль та є елементом свободи договору. Видається, що на питання, чи є воля учасника договірних правовідносин свободною, найбільш точно та натурально відповідає доктрина нейроправа – компатибілізм або ж «м'який детермінізм». Домінантою цієї течії є сумісність свободної волі та детермінізму (об'єктивної необхідності). Однією із тез компатибілізму в рамках юриспруденції є наступна: індивід свободний до тих пір, поки не стикається із внутрішніми та зовнішніми бар'єрами, що не дозволяють йому діяти у напрямку задоволення своїх намірів та інтересів. Таким «маркером» характеризується майже кожна диспозитивна норма в загальній законодавчій масі, який в узагальненому вигляді можна представити таким формулюванням: «якщо інше не передбачено законом чи договором». Таке формулювання приводить до

висновку, що трактування юриспруденцією проблеми свободи волі стоїть на позиції компатибілізму, що заключається в тому, що індивід свободний до тих пір, поки не стикається з примусом чи іншими бар'єрами. З огляду на це, договірна свобода має також розглядатися як синтез свободної волі та необхідності. Хотілося б наголосити, що саме необхідності, а не, наприклад, обмеження. Якщо останнє передбачає певні межі здійснення свободи, то необхідність (детермінізм) передбачають умови реалізації такої свободи.

Наступний висновок пов'язаний із аргументом альтернативних можливостей, що використовується в аналітичній філософії для пояснення «вільності» дій особи. Цей аргумент тлумачить вільну дію особи за умови наявності вибору в тій чи іншій ситуації вчинити інакше. Ця теорія диспозиціоналізму відома і в юридичній науці. Так, за допомогою диспозитивності пояснюється приватно-правова природа свободи договору. В цьому дослідженні наводиться контраргумент. Адже, наявність альтернативного вибору не є підставою для характеристики дій особи як «вільних», важливим є причинно-наслідковий зв'язок, котрий, умовно, привів особу до цього вибору. Це означає, що поведінка особи завжди є детермінованою, зумовленою різного роду обставинами, як зовнішніми, так і внутрішніми. При цьому, детермінованість не дорівнює примусу. Свобода особи не обмежується, вона детермінується, зумовлюється. Беручи до уваги тенденцію європейської правової доктрини, яка не має чітких меж між адміністративним і цивільним, публічним і приватним правом, можливо дійти наступного. Правова природа свободи договору характеризується тісним поєднанням диспозитивних та імперативних методів. Таке формулювання досить точно описує господарський правопорядок, який формується на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання та державного регулювання. Звідси, договірна свобода має розглядатися і у контексті господарських договірних правовідносин.

1.3. Тлумачення свободи договору через волю та волевиявлення

Перш за все, законодавчо правочин визначається як вольовий акт, що становить поєднання волі та волевиявлення. Відповідно до частини третьої статті 203 ЦК України волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі [20]. Незважаючи на критику стосовно доцільності законодавчої конструкції свободи договору в ГК України, вільне волевиявлення характерне і для господарських договорів. Так, частиною 4 статті 179 ГК України [67], передбачено можливість визначення змісту договору на основі вільного волевиявлення, коли сторони мають право погоджувати на свій розсуд будь-які умови договору, що не суперечать законодавству. Також частиною першою статті 184 Кодексу передбачається розроблення проекту господарського договору на основі вільного волевиявлення за ініціативою будь-якої із сторін у строки, погоджені самими сторонами. Тобто господарським законодавством договір на основі вільного волевиявлення визнається одним із видів господарських договорів, серед яких виділяють також примірний договір, типовий договір та договір приєднання. Окремо виноситься договір на підставі державного замовлення. Очевидно, що критерієм для розмежування буде «вольовий аспект», адже законодавча конструкція побудови норми націлена на чітке розмежування договорів, що укладаються між рівноправними учасниками з рівними переговорними можливостями та інших договірних форм, що в певній мірі обмежують сторін таких договорів. Звернімо увагу на формулювання законодавцем названих договірних конструкцій.

Примірний договір рекомендується органом управління суб'єктам господарювання для використання при укладенні ними договорів, коли сторони мають право за взаємною згодою змінювати окремі умови, передбачені примірним договором, або доповнювати його зміст.

Типовий договір затверджується Кабінетом Міністрів України, чи у випадках, передбачених законом, іншим державним органом або органом

державної влади, коли сторони не можуть відступати від змісту типового договору, але мають право конкретизувати його умови.

Договір приєднання пропонується однією стороною для інших можливих суб'єктів, коли ці суб'єкти у разі вступу в договір не мають права наполягати на зміні його змісту.

І нарешті, договір на основі державного замовлення, який вноситься законодавством в окремий вид господарських договорів, укладається між визначеними законом суб'єктами господарювання - виконавцями державного замовлення та державними замовниками, що уповноважені від імені держави укладати договори (державні контракти), в яких визначаються господарські зобов'язання сторін та регулюються відносини замовника з виконавцем щодо виконання державного замовлення.

З буквального аналізу статті 179 ГК України видно, що головною відмінністю примірної угоди, типової угоди та угоди приєднання від угоди на основі державного замовлення є те, що обрання тієї чи іншої договірної конструкції (примірний договір, типовий договір чи договір приєднання) є правом сторін. Проте у певних правовідносинах використання примірної та типової угоди є не правом, а необхідністю. Так, з системного аналізу законодавства вбачається, що замовники під час публічних закупівель повинні використовувати типові угоди, якщо КМУ, або відповідне міністерство, орган виконавчої влади видав розпорядчий документ (постанову, наказ) про те, що певні правовідносини повинні опосередковуватись типовими чи примірними угодами. При цьому, постанову КМУ необхідно виконувати та дотримуватись її положень. В той час як наказ відповідного міністерства, якщо такий не зареєстрований у Міністерстві юстиції України, не є обов'язковим до виконання, а носить лише рекомендаційний характер, не являючись при цьому нормативно-правовим актом у розумінні статті 117 Конституції України. Це впливає із пункту 1 Указу Президента України «Про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади» від 03.10.1992 № 493/92 [68].

Згідно з цим Указом, нормативно-правові акти, видані, зокрема, міністерствами, і які зачіпають права, свободи і законні інтереси громадян або мають міжвідомчий характер, підлягають державній реєстрації. Згідно пункту 2 вказаного акту органом такої державної реєстрації є Міністерство юстиції України.

Так, основними типовими договорами, обов'язковими для використання є: типовий договір про надання послуг з централізованого опалення, постачання холодної та гарячої води і водовідведення (затверджений Постановою КМУ від 05.07.2019 № 690); типовий договір розподілу природного газу (затверджений Постановою Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг (НКРЕКП) від 30.09.2015 №2498 – зареєстрована у Міністерстві юстиції України); типовий договір постачання природного газу постачальником «останньої надії» (затверджений Постановою НКРЕКП від 30.09.2015 №2501 – зареєстрована у Міністерстві юстиції України); типовий договір про постачання електричної енергії постачальник «останньої надії» (затверджений Постановою НКРЕКП від 14.03.2018 №312 – в Міністерстві юстиції України не зареєстрована).

Примірний договір схожий на типовий договір, проте дає більше свободи сторонам у виборі певних умов та у можливості пропонувати додаткові умови. Так, серед примірних договорів виділяють: примірний енергосервісний договір (затверджений Постановою КМУ від 21.10.2015 №845); примірний договір про постачання природного газу виробникам теплової енергії для виробництва теплової енергії (затверджений Постановою КМУ від 29.04.2016 № 357); примірний договір оренди нерухомого або іншого окремого індивідуально визначеного майна, що належить до державної власності (затверджений Постановою КМУ від 12.08.2020 № 820); примірний договір оренди єдиного майнового комплексу державного підприємства, його відокремленого структурного підрозділу (затверджений Постановою КМУ від 12.08.2020 № 820); примірний договір підяду в капітальному будівництві (затверджений Наказом Міністерства будівництва, архітектури та житлово-комунального господарства України від 27.10.2005 №3 – в Міністерстві юстиції України не зареєстрований).

В той же час укладання договору на основі державного замовлення є обов'язком для деяких категорій суб'єктів господарювання. Тож, деякі вчені не поділяють думки стосовно перенесення принципу свободи договору на відносини за участю суб'єктів господарювання саме через перевагу закону над договором в регулюванні господарсько-договірних відносин.

Чимало науковців приділяли увагу принципу свободи договору та обмеженню його дії в господарському праві. Зокрема, ці питання досліджувалися О. А. Беяневич, О. М. Вінником, О. В. Дзерою, В. В. Луцем, В. С. Мілаш, Є. І. Терніковим, В. С. Щербиною та іншими науковцями. Так, В. С. Щербина вважає, що для господарських договорів у багатьох випадках характерним є застосування державного замовлення, державного оборонного замовлення, здійснення публічних закупівель, а також використання типових і примірних договорів; в господарських відносинах досить важливим є обмеження договірної свободи приписами законодавства про захист економічної конкуренції тощо [69, с. 90]. Звідси, наголошує автор, для використання принципу свободи договору у господарських правовідносинах немає достатніх підстав.

Деякі вчені вважають, що свобода договору у господарських відносинах діє у звуженому вигляді, нерівномірно. Так, на думку О. А. Беяневич, у договірних відносинах за участю держави принцип свободи договору діє нерівномірно, а саме: – він виключається для державних органів, що виконують відповідні функції в договірних відносинах (продавця державного майна, орендодавця, концесієдавця, замовника) у межах своєї компетенції, визначеної законодавчо; – він виключається для суб'єктів господарювання, які зобов'язані в силу закону укласти відповідні договори з урахуванням застережень, встановлених законом; – для суб'єктів господарювання, що не зобов'язані укласти договори певного виду, але добровільно вступають у такі договірні відносини, свобода договору в основному починається і закінчується на стадії укладення договору з огляду на спеціальний правовий режим таких договорів. У цьому разі впливати на зміст такого договору, зміну його умов або розірвання суб'єкт господарювання може в обмежених випадках. Таким чином, у господарських договорах, обтяжених публічним

компонентом, принцип свободи договору діє у звуженому вигляді, і межі його дії визначаються публічною, соціальною спрямованістю таких договорів, їх юридичною метою та об'єктом [34, с. 68].

З приводу зазначеного доречним є твердження, яке використовують А. Апаров та О. Онищенко, зокрема, що для підприємницьких договорів характерна наявність двох сторін – публічно-правової та приватної. При цьому якщо в рамках останньої (приватної) підприємець не обмежений і може діяти більш або менш вільно, то в рамках першої (публічно-правової) він вимушений суворо дотримуватися низки обов'язкових вимог [70, с. 45].

Вчені пишуть і про звуженість договірної свободи, зазначаючи, що наявність елемента публічності не означає повне обмеження свободи договору в економічній сфері, хоча і має місце часткове «звуження» її меж у визначених законом випадках. Науковці також наводять цитування з доктринального джерела, з яким неможливо не погодитись: «Принцип свободи договору в сучасних ринкових умовах господарювання не може претендувати на абсолютний характер, зважаючи на диспропорцію (нерівність) договірних можливостей суб'єктів господарювання. Засади регулювання договірних відносин, встановлені ГК України, не конфліктують із цивілістичним принципом договірної свободи, а доповнюють, конкретизують його відповідно до особливостей сфери господарювання. Відповідно, при розгляді господарського спору, що виник з договірних/переддоговірних відносин, суд має застосовувати принцип свободи договору в усіх тих випадках, коли сторони змодельовали свої відносини на власний розсуд, не порушивши при цьому нормативні заборони або позитивні зобов'язування» [70, с. 45].

Дійсно, суди досить часто при вирішенні господарського спору за участю контрагентів, посилаються на принцип свободи договору, який, за загальним правилом, визнається засадою цивільного законодавства. Так, в Окремій думці від 01.06.2021 на постанову Великої Палати Верховного Суду у справі № 910/12876/20 [71], судді зазначили, що свобода договору, як одна з принципових засад цивільного законодавства, є межею законодавчого втручання у приватні відносини

сторін. Свобода договору передбачає не лише право сторін вільно виявляти волю на вступ у договірні відносини, але включає також можливість визначати зміст договору, у тому числі і визначати способи забезпечення договірних зобов'язань та гарантії прав сторін. Така свобода обмежується рамками чинних нормативних актів, звичаїв ділового обороту, а дії сторін повинні відповідати вимогам розумності, добросовісності та справедливості. ГК України передбачає широку свободу сторін при укладенні господарських договорів, з урахуванням того, що суб'єкти господарювання є рівними за своїм правовим статусом.

У іншій справі № 910/5700/21 Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного господарського суду у Постанові від 09.02.2022 [72] зазначив, що свобода договору, яка передбачає, що сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору, і свобода підприємницької діяльності, яка полягає у самостійному здійсненні без обмежень будь-якої підприємницької діяльності, не забороненої законом, є ключовими засадами цивільного права та господарського права, закріпленими у статтях 3, 627 ЦК, статтях 6, 43 ГК України. З цього можна зробити висновок про взаємопов'язаність та доповнюваність свободи договору та свободи підприємницької діяльності. Така позиція є актуальною і для європейської договірної доктрини. Так, Хартія основних прав Європейського Союзу у статті 16 [73] декларує право на підприємницьку діяльність. При цьому у поясненні до цієї статті говориться, що це право засноване як на зайнятті економічною та комерційною діяльністю, так і на свободі договору. Це ще раз демонструє, як зазначають В.О. Процевський та В.І. Горбань [40] загальну тенденцію правового регулювання суспільних відносин в ЄС, яка характеризується тісним поєднанням диспозитивних та імперативних методів, що означає зникнення різниці між адміністративним і цивільним, публічним і приватним правом.

Із поняттям «звуженості» договірної свободи у господарському договорі погоджується і О. В. Гарагонич [74]. Науковець також розділяє правові режими, у рамках яких може здійснюватися реалізація господарської правосуб'єктності акціонерного товариства у сфері господарсько-виробничих відносин з

використанням господарських договорів: 1) загальний режим, для якого характерне переважно приватноправове регулювання; 2) спеціальний режим, в якому домінує публічно-правове регулювання.

Автор зазначає, що у випадку реалізації господарської правосуб'єктності акціонерного товариства у межах господарсько-договірних відносин, не обтяжених публічним компонентом, між формально рівними суб'єктами господарювання, характер господарських зв'язків, формалізованих в умовах господарського договору, встановлюватиметься на їхній власний розсуд і ґрунтуватиметься на принципах диспозитивності, рівності та свободи договору. Відповідно, якщо господарський договір обтяжений публічним компонентом, принцип свободи договору буде діяти у звуженому вигляді [74].

При дослідженні публічного договору у цивільно-правовому аспекті В. І. Дрішлюк зазначає, що до публічних договорів належать договори, укладені комерційною організацією з метою встановити її обов'язки щодо продажу товарів, виконання робіт і надання послуг, що їх такі організації за характером своєї діяльності мають здійснювати стосовно кожного, хто до них звернеться. Режим публічних договорів є винятком із загального правила, яке ґрунтується на принципі свободи договорів. Режим публічних договорів є прямо протилежним режиму свободи договорів, який найповніше виражає приватноправові засади, що становлять основу цивільного права [75].

Важливість свободи волі для правової реалізації простежується й в інших нормативно-правових актах. Законом України «Про нотаріат» у статті 44 вказується на необхідність встановлення дійсності намірів кожної із сторін до вчинення правочину, який посвідчується нотаріусом. Встановлення дійсних намірів кожного з учасників правочину здійснюється шляхом встановлення нотаріусом однакового розуміння сторонами значення, умов правочину та його правових наслідків для кожної зі сторін. А відповідно до частини першої статті 215 ЦК України підставою недійсності правочину є недодержання в момент вчинення правочину стороною (сторонами) вимог, які встановлені частинами першою-третьою, п'ятою та шостою статті 203 цього Кодексу. Тобто відсутність у сторони

правочину волі вже саме по собі є підставою для визнання правочину недійсним. Звідси, воля, як внутрішній фактор завжди повинна знаходитися у взаємному зв'язку із зовнішнім фактором – волевиявленням. Це наводить на міркування про те, що свобода волі як внутрішня обумовленість та свобода дії, свобода вибору як зовнішні прояви є рівними за значенням та значимістю.

Проте, єдиної думки щодо того, чому віддати пріоритет у правочині - волі чи волевиявленню, у науковій юридичній спільноті не існує. Боротьба між наміром сторін та, умовно, словами, є актуальною і до сьогодні. На цьому наголошує і О. І. Длугош, наводячи цитування: «боротьба між словом і волею сторони проходить через всю класичну юриспруденцію» [76, с. 22].

Науковиця також виокремлює три головні теорії співвідношення волі та волевиявлення у правочині: 1) пріоритетність волі; 2) перевага волевиявлення; 3) рівнозначність і відповідність волі та волевиявлення [76].

Головна ідея представників теорії волевиявлення, зводиться до того, що воля як внутрішній фактор не має юридичного значення без її зовнішнього прояву – волевиявлення. Проте наслідком визнання цієї теорії буде необхідність визнання правочину дійсним, навіть якщо останній був укладений з дефектами внутрішньої волі. Тому, погодитися з такою позицією неможливо.

Що стосується теорії рівнозначності, то така позиція знаходить своє відображення в законодавстві. Зокрема, у частині 3 статті 203 ЦК України говориться, що волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі. Так, для правочину є важливим і внутрішній елемент – воля, і зовнішній прояв – волевиявлення.

Слушною є думка С. М. Бервено, який наголошує на недоцільності абсолютизування ідеї надання переваг чи то внутрішній волі особи, чи її зовнішньому прояву, тобто відповідному волевиявленню, адже наявність дефектів в одному з двох елементів може позначатися на дійсності договору чи на визначенні його правової природи [77, с. 30]. Дійсно, воля та волевиявлення повинні знаходитись у взаємній єдності, адже невідповідність одного елементу іншому ставить під сумнів чинність всього правочину.

Доречним буде згадати про термін «вольовий процес», який досліджує І. А. Лавріненко [43, с. 228] поряд із категорією «воля». Так науковець говорить, що для того, щоб особа діяла, необхідна відповідна внутрішня регуляція, та пропонує власну систему елементів вольового процесу. Останній виглядає таким чином: 1) наявність мотиву у вигляді прагнення задовольнити потребу (інтерес) та їх боротьба («боротьба мотивів» носить факультативний характер); 2) прийняття рішення та вибір засобів до його досягнення. З приводу виконання, автор зазначає, що останньому, якщо застосовувати правову категорію, надано іншого значення. У правовій реальності воно отримало назву волевиявлення особи. Таким чином, можна дійти висновку про те, що воля та волевиявлення складають у своїй цілісності вольовий процес. Науковець пояснює цей процес на прикладі, коли особа бажає відчужити корпоративні права (це правова ціль), а засобом для цього виступатиме певна договірно-правова конструкція (купівля-продаж, дарування, міна тощо). Автор резюмує, що ціль, мотив, інтерес та потреби є детермінантами волі у вольовому процесі та пов'язані із прийняття рішення – волевиявленням.

Говорячи про господарське законодавство, то воно, на відміну від цивільного, в частині регулювання господарських договорів не використовує категорію волі, а лише – вільне волевиявлення. В порівнянні з нормативними актами прямого зіставлення – цивільним законодавством, таке формулювання поверхнево сприймається як надання пріоритетності волевиявленню перед волею у господарських правовідносинах. Проте, чи має сенс вільне волевиявлення, якщо воно не відповідає внутрішній волі учасників? Це є логічною помилкою, а тому словосполучення «вільне волевиявлення», що вживається господарським законодавством, є тотожним формулюванню, що вживається цивільним законодавством – «волевиявлення має бути вільним і відповідати внутрішній волі».

Якщо припустити, що господарським законодавством волевиявлення вважається головним та єдиним елементом у вольовому процесі, тоді господарський договір «втрачає» елемент волі, детермінантами якого є ціль, мотив, потреби та інтереси особи. А таке визначення вже саме по собі протирічить логіці укладення правочину.

Цікавим питанням у дослідженні свободи волі є взаємна узгодженість воľ контрагентів. Законодавством у статті 626 ЦК України чітко сформульоване визначення договору, що є домовленістю двох або більше сторін, спрямованою на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. «Домовленість» сторін передбачає узгодженість воľ учасників, які вступають у ці правовідносини.

При цьому, збіг воľ не означає їхню тотожність, тобто абсолютне співпадіння змісту воľ кожної зі сторін. Під збігом воľ необхідно розуміти внутрішнє сприйняття кожною зі сторін прагнення до виникнення у них відповідних прав і обов'язків при наявності у них навіть протилежних інтересів в укладенні договору, як це особливо виявляється в договорі купівлі-продажу, в якому інтереси кожної зі сторін, як правило, протилежні, оскільки продавець прагне продати товар за вищу ціну, а покупець – сплатити за нього нижчу ціну [5, с. 48].

Правників цікавить питання про можливість визнання за юридичною особою здатності володіти самостійною волею. О. І. Длугош, досліджуючи це питання, зазначає, що існувала теорія, прихильники якої вважали, що змістом суб'єктивного права є воля індивіда, а тому єдиним реальним суб'єктом прав може бути володозна особа, тобто людина. Вольова теорія дала поштовх новим теоріям фікціїї юридичної особи. Авторкою зазначається, що володіючи майновою правоздатністю, юридична особа як фікція, і така, що позбавлена можливості самостійно вступати у відносини з третіми особами, укладати угоди, – потребує, очевидно, особливих представників, дії яких можна було б вважати діями самої юридичної особи. Через посередництво цих органів юридична особа набуває права і приймає на себе обов'язки [76, с. 28].

Разом з цим, відповідно до ст. 80 ЦК України юридичною особою є організація, створена та зареєстрована у встановленому законом порядку. Як суб'єкт права юридична особа наділяється право- та дієздатністю. Під правоздатністю юридичної особи розуміють здатність мати такі самі цивільні права та обов'язки, як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині. Таким чином, юридична особа як суб'єкт цивільного права здатна

формувані та виражати власну волю. Авторка також посилається на Р. О. Стефанчука, який зазначає, що органи створюються з метою формування волі юридичної особи та її вираження зовні, по відношенню до всіх третіх осіб [76, с. 29].

Що стосується правочиноздатності юридичної особи, то О. І. Длугош наводиться думка В. Д. Фролова, який пропонує вважати здійснення правочиноздатності юридичної особи через її органи не представництвом, а діями безпосередньо самої юридичної особи. Водночас здійснення правочиноздатності юридичної особи через її учасників слід вважати представництвом із застосуванням внаслідок цього до даних відносин положень глави 17 ЦК України, а також зазначає, що здійснення правочиноздатності юридичної особи через її представників за своєю сутністю є добровільним представництвом, хоча може існувати також у вигляді «обов'язкового представництва» на підставі акта органу юридичної особи [76, с. 30].

Зазначений аналіз наводить на висновок про те, що свобода договору може мати місце не лише у цивільних правовідносинах, як таких, що характеризуються рівністю учасників, а й у випадку, коли правовий статус учасників не є рівним, зокрема, у господарських відносинах. Таким чином, пояснюється відсутність свободи договору у державних контрактах, адже в останніх домінує воля не самого суб'єкту господарювання - виконавця, а держави на забезпечення пріоритетних державних потреб.

Встановлення істинності волі сторін є важливим процесом у разі, коли існують сумніви щодо інтерпретації тієї чи іншої умови договору. Українським законодавством передбачається пріоритетність саме буквального тлумачення договору, що закріплено у ст. 213 ЦК України. Так, при тлумаченні змісту правочину беруться до уваги однакове для всього змісту правочину значення слів і понять, а також загальноприйняте у відповідній сфері відносин значення термінів.

Якщо ж буквальне тлумачення не дозволяє виявити однозначний зміст договору, то стаття 213 ЦК України у таких ситуаціях орієнтує на з'ясування

істинної волі сторін з урахуванням змісту попередніх переговорів, усталеної практики між сторонами, подальшої поведінки сторін тощо.

Але судам, як зазначається, вкрай рідко вдається визначити на підставі зазначеної статті істинні наміри сторін і на основі аналізу мети правочину, змісту попередніх переговорів, усталеної практики відносин між сторонами, звичаїв ділового обороту, подальшої поведінки сторін, тексту типового договору та інших обставин, що мають істотне значення [79].

У зазначених ситуаціях суди використовують правило, яке добре відоме у європейській, англійській та американській доктрині договірної права - *contra proferentem rule*, що з латинської перекладається, як «слова у договорі слід тлумачити проти того, хто їх написав» (*verba chartarum fortius accipiuntur contra proferentem*).

Так, Верховний Суд у складі Об'єднаної Палати Касаційного цивільного суду у справі № 753/11000/14-ц у Постанові від 18.04.2018 [78] застосував принцип тлумачення *contra proferentem*, вказавши, що це правило застосовується у разі, якщо з'ясувати справжній зміст відповідної умови договору неможливо за допомогою загальних підходів до тлумачення змісту правочину, передбачених у частинах 3, 4 ст. 213 ЦК України.

Суд зауважив також, що це правило має застосовуватися не тільки в тому випадку, коли сторона самостійно розробила відповідну умову, але й тоді, коли сторона скористалася стандартною умовою, що була розроблена третьою особою. А також цей метод тлумачення підлягає застосуванню не тільки щодо умов, які «не були індивідуально узгоджені» (*no individually negotiated*), а й щодо умов, які хоч і були індивідуально узгоджені, проте були включені в договір «під переважним впливом однієї зі сторін» (*under the dominant influence of the party*)).

Суд також назвав рівні тлумачення правочину відповідно до чинного законодавства. Так, відповідно до частини першої статті 637 ЦК України тлумачення умов договору здійснюється відповідно до статті 213 ЦК України. У частинах третій та четвертій статті 213 ЦК України визначаються загальні засоби,

що застосовуватимуться при тлумаченні, які втілюються в трьох рівнях тлумачення.

Перший рівень тлумачення здійснюється за допомогою однакових для всього змісту правочину значень слів і понять, а також загальноприйнятих у відповідній сфері відносин значення термінів.

Другим рівнем тлумачення (у разі, якщо за першого підходу не вдалося витлумачити зміст правочину) є порівняння різних частин правочину як між собою, так і зі змістом правочину в цілому, а також з намірами сторін, які вони виражали при вчиненні правочину, а також з чого вони виходили при його виконанні.

Третім рівнем тлумачення (при безрезультативності перших двох) є врахування: а) мети правочину; б) змісту попередніх переговорів; в) усталеної практики відносин між сторонами (якщо сторони перебували раніш в правовідносинах між собою); г) звичаїв ділового обороту; г) подальшої поведінки сторін; д) тексту типового договору; е) інших обставин, що мають істотне значення.

Contra proferentem відоме ще римському праву у такому формулюванні «*Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est*». Передбачалося, що двозначність умов договору слід тлумачити проти стипулятора, продавця, наймодавця. А згодом цей принцип знайшов своє відображення у положеннях Цивільного кодексу Італії [27]. Останній містить три статті, якими регулюється тлумачення договору – статті 1366, 1367, 1370. По-перше, умови договору мають бути витлумачені в дусі доброї волі (добросовісно). По-друге, у разі сумнівів, окремі умови договору чи увесь договір мають тлумачитись в такому сенсі, при якому вони можуть мати якесь значення, а не в іншому сенсі, при якому вони б не мали жодного значення. По-третє, у разі сумнівів, окремі умови, включені за ініціативи однієї із сторін, до договору (стандартизованої форми), мають тлумачитись на користь другої сторони.

Н. Процьків та В. Никифорак, цитуючи Р. Зімермана зазначають, що традиційно правило *contra proferentem* застосовувалося як додатковий спосіб тлумачення умов договору – у разі, якщо окремі умови були дійсно незрозумілими і визначити волю сторін було складно. Зі впливом певного часу цільова

спрямованість правила *contra proferentem* збагатилася: воно стало використовуватися для забезпечення справедливості змісту договору [80, с. 51].

Цей принцип знайшов своє відображення у ряді сучасних національних та міжнародних законодавчих актах. Так, *contra proferentem* використовується стосовно споживчих договорів у статті 5 Директиви від 05.04.1993 № 93/13/ЄЕС (Council Directive 93/13/EEC), «Директива щодо несправедливих умов споживчих договорів» [81]. Прямо цей принцип не називається, проте зі змісту норми випливає, що у випадку контрактів, де всі або певні умови, запропоновані споживачеві викладені письмово, ці терміни завжди повинні бути розроблені простою, зрозумілою мовою. Там, де є сумніви щодо значення терміну, переважатиме інтерпретація, найбільш сприятлива для споживача.

Contra proferentem також діє і для споживчих або стандартизованих умов, що регулюються Німецьким цивільним уложенням (нім. Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) від 02.01.2002 [82]. Так, у пункті 2 §305с зазначається, що будь-які сумніви в інтерпретації стандартизованих умов вирішуються по відношенню до споживача. При цьому в першому пункті зазначається, що не вважаються частиною договору ті обставини, зокрема щодо зовнішнього вигляду контракту, які є настільки незвичайними для стандартизованих умов, що інша сторона – споживач не очікувала, що зіткнеться з ними.

Споживчий кодекс Франції (Consumer Code) [83] також містить норму щодо застосування *contra proferentem* стосовно договорів зі споживачами або «непрофесіоналами». Так, стаття L133-2 говорить, що умови контрактів між професіоналами та споживачами або ж «непрофесіоналами» повинні інтерпретуватися в найбільш сприятливому напрямку по відношенню до споживача чи «непрофесіонала».

Цивільний кодекс Нідерландів (Burgerlijk Wetboek) [84] у пункті 2 статті 6:238 застосовує формулювання аналогічне до вищеназваних актів. Там сумніви в інтерпретації умов стандартизованих договорів зі споживачем або малим підприємцем повинні тлумачитися на користь останніх.

Цивільний кодекс Іспанії [85] застосовує принцип *contra proferentem* до будь-яких договорів. Так, у статті 1288 значиться, що тлумачення неясних положень у договорі не повинно відбуватись на користь сторони, яка і стала причиною цих неясних положень. З метою встановлення реального наміру сторін Цивільний кодекс Іспанії передбачає набір додаткових та підзаконних правил щодо тлумачення договору:

Буквальне або граматичне тлумачення буде переважати у тих випадках, коли умови договору є чіткими і не залишають ніяких сумнівів щодо наміру сторін; однак, якщо формулювання здається таким, що суперечить намірам договірних сторін, то переважатиме визначення саме реальних намірів.

Для оцінки намірів сторін головним, що враховується, є їх поведінка на момент і після укладення договору; тому суди мають звернути увагу на переговори сторін або дії, що виконуються сторонами при виконанні договору.

Хоча умови договору є загальними, вони не повинні бути відмінними від тих, щодо яких зацікавлені сторони мали намір укласти договір. У зв'язку з цим суди, як правило, вважають, що термін, спеціально розроблений для конкретного питання, переважає над загальним правилом.

Австрійське цивільне уложення [86] також застосовує принцип до будь-яких договорів, а також містить норму (стаття 914), відповідно до якої при тлумаченні умов договору не слід притримуватися буквального змісту, а скоріше дослідити наміри сторін та розуміти договір у відповідності із практикою справедливих угод. А у статті 915 говориться, що у випадку одностороннього зобов'язання, у разі виникнення сумнівів щодо тлумачення умов договору, презюмується, що зобов'язана сторона бажала би більш вигідних для себе умов. А у випадку двосторонніх зобов'язань неясне формулювання повинно тлумачитись проти сторони, що розробила таке формулювання.

Цивільний кодекс Литовської Республіки [23] також надає перевагу саме реальним намірам сторін, не обмежуючись лише буквальним значенням слів. Водночас у статті 6.193 говориться про те, що у разі, якщо є сумніви щодо понять, які можуть мати декілька значень, такі поняття повинні розумітись у тому сенсі,

який найбільше відповідає характеру, суті та предмету договору. А у разі виникнення сумнівів щодо умов договору, вони повинні бути інтерпретовані проти сторони, яка їх запропонувала, і на користь сторони, яка прийняла ці умови. У всіх випадках умови договору тлумачаться на користь споживачів і сторони, що приєднується до умов.

У статті 5:103 Принципів європейського контрактного права [87] говориться про те, що там, де є сумніви в значенні терміну контракту, що не є індивідуально узгодженим, слід віддати перевагу інтерпретації терміну проти сторони, яка його розробила. Тобто у цьому випадку *contra proferentem* застосовується відносно будь-яких договорів, якщо їх умови індивідуально не погоджені.

Принципи УНІДРУА [88], які мають характер *soft law*, також містять норму щодо застосування *contra proferentem* до будь-яких комерційних договорів. Так, у статті 4.6 говориться, що у разі, якщо умови, висунуті однією стороною, являються неясними, то перевага надається тлумаченню, що є протилежним інтересам цієї сторони.

Також відповідно до статті II.-8: 103 Принципів, дефініцій, модельних правил приватного права ЄС (DCFR) [89, с. 242] правило *contra proferentem* застосовується до умов, які не були індивідуально погоджені. При цьому, можна зробити висновок, що таке тлумачення може застосовуватися до будь-яких договорів (споживчих чи комерційних).

З аналізу вказаного видно, що абсолютна більшість сучасних національних та міжнародних актів в частині тлумачення неясних договірних умов віддають перевагу такому розумінню, яке є протилежним інтересам сторони, яка висунула такі умови. Перш за все, таке правило застосовується до договорів, стороною яких є або споживачі, або непрофесіонали, а також до договорів між підприємцями, коли наявна ситуація дисбалансу переговорних можливостей.

Так як «домінуюча» сторона розробляє та пропонує договірні умови, а «слабка» сторона позбавлена будь-яких шансів на ведення переговорів з окремих незрозумілих умов, то відповідно, дефекти у формулюванні, неоднозначність та незрозумілість покладаються на «сильну» сторону.

Якщо говорити про сферу споживання, то домінуюче положення має сторона, яка є надавачем послуг та розробником договірних умов. З урахуванням того, що розробник певної умови самостійно відповідає за її зміст, то очевидно, що він і має нести ризик у неясності чи незрозумілості такої умови.

Якщо ж мова йде про підприємницькі договори, де обидві сторони знаходяться у рівних умовах щодо переговорних можливостей, складно назвати винуватця дефектної неясної умови, адже контрагент проявив недбалість та неухважність, прийнявши неясну умову при реальній можливості ведення переговорів шляхом внесення правок, укладення додаткових угод або протоколу узгодження розбіжностей тощо.

Саме з цієї підстави англо-американська доктрина договірного права наголошує на застосуванні *contra proferentem* лише по відношенню до споживачів та споживчих договорів. А у комерційних контрактах суди, як правило, надають перевагу саме реальним намірам або комерційним інтересам сторін при укладанні угод. Так, наприклад, Апеляційний суд Її Величності в Англії (Her Majesty's Court of Appeal in England) у справі *Persimmon Homes v Ove Arup* [2017] [90] вказав, що *contra proferentem* rule зараз має досить обмежену дію відносно комерційних контрактів, у яких беруть участь сторони з рівними переговорними можливостями.

В. В. Поєдинок при дослідженні проблеми несправедливих умов в господарських договорах зазначає, що українське законодавство не надає правових можливостей захисту підприємців від несправедливих договірних умов [91]. Авторкою проводиться комплексний аналіз досвіду правового регулювання відповідного питання на міжнародно-правовому рівні та в зарубіжному законодавстві. Так, аналізуючи досвід Великої Британії, науковиця наводить два правових режими, які діють відносно потенційно несправедливих умов: а) Акт про несправедливі договірні умови 1977 р. (*Unfair Contract Terms Act, UCTA*) поширюється тільки на застереження, що виключають або обмежують відповідальність, як у споживчих, так і в господарських договорах; б) Регламент про несправедливі умови споживчих договорів 1999 р. (*Unfair Terms in Consumer*

Contracts Regulations, UTCCR) поширюється на широке коло договірних умов, однак лише у договорах зі споживачами [91, с. 28].

Однак, з огляду на те, що така ситуація лише створює правову невизначеність, було розроблено проект єдиного Закону про несправедливі умови (Unfair Contract Terms Bill). Зазначається, що застосування стандартних форм у бізнес-контексті викликає проблеми, подібні до тих, хоч і не такі тяжкі, що притаманні споживчим договорам [91, с. 29].

Підтримуючи висновок В. В. Поєдинок про те, що захист від несправедливих умов повинен поширюватися на будь-які умови, що не були погоджені в індивідуальному порядку (тобто ті, які було розроблено заздалегідь та не було узгоджено, незалежно від того, використовуються ці умови регулярно, чи ні), а не лише на умови типових договорів і договорів приєднання, слід додати таке.

Національна правозастосовна практика більш орієнтована на європейську правову доктрину та застосовує *contra proferentem* навіть до комерційних договорів, учасники яких є більш досвідченими у переговорному процесі. Така позиція була викладена у Постанові Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду у справі № 910/16011/17 від 02.05.2018 [92]. Причиною виникнення між сторонами спору є виконання договору поставки, а саме різне тлумачення його сторонами пункту 2.1. договору стосовно порядку розрахунків за поставлений товар. Так, позивач вважає, що в пункті 2.1. договору сторони погодили кінцевий строк розрахунку за кожну партію товару - через 30 днів з моменту поставки і відповідний графік оплати, який сторони мали затвердити, не повинен перевищувати 30-ти денний строк. Отже, незалежно від того, чи затверджено сторонами відповідний графік, відповідач зобов'язаний оплатити товар через 30 днів з моменту поставки. У свою чергу відповідач тлумачить вказаний пункт договору по-іншому стверджуючи, що його обов'язок здійснити розрахунок за отриманий товар виникає тільки наслідками погодження між сторонами графіку оплати товару, який повинен встановити порядок оплати товару після спливу 30 днів з моменту поставки. Суд, застосовуючи *contra proferentem*, виходив з того, що сторонами не заперечується, що спірний

пункт 2.1 був включений у договір поставки саме в редакції відповідача, який, з огляду на принцип *contra proferentem*, і повинен нести ризик, пов'язаний з неясністю такої умови. У зв'язку з чим при з'ясуванні порядку проведення розрахунків за договором поставки судами зроблено правильний висновок, що зміст пункту 2.1 договору передбачає виникнення у відповідача (покупця) обов'язку з оплати товару після тридцяти календарних днів після дати поставки, оскільки іншого, тобто відповідного графіку оплати товару, сторонами затверджено не було. Зазначене узгоджується з приписами частини 1 статті 530 та частини 1 статті 692 ЦК України, якими встановлено обов'язок покупця щодо оплати товару або в момент його прийняття, або у строк, встановлений договором.

Примітно, що обидві сторони спірного договору поставки є юридичними особами приватного права, що вже виключає дисбаланс та наявність, умовно, «слабкої» сторони. В даному випадку сторони дійшли згоди та не заперечували, що спірна умова була розроблена саме відповідачем. Одночасно суди мають з обережністю підходити до питання застосування *contra proferentem* у спорах за участю саме суб'єктів господарювання через їхню обізнаність та досвідченість у переговорному процесі.

Проте, все ж доказового значення набуває саме факт розроблення спірної умови чи умов. Як-то у справі за позовом Міжнародного аеропорту «Львів» до Міноборони про тлумачення умов договору про спільне використання аеродрому Державного підприємства «Міжнародний аеропорт «Львів» [93]. Позовні вимоги мотивовані тим, що між позивачем та відповідачем виник спір у результаті різного трактування пункту Договору, яким передбачено, що позивач безкоштовно забезпечує прийом та випуск державних повітряних суден Збройних Сил України та Міноборони (у тому числі, повітряних суден підприємств Міноборони), крім тих, які здійснюють комерційну діяльність. Позивач трактує спірний пункт Договору як безоплатне надання ДПС послуги із забезпечення зльоту-посадки, а відповідач - як безкоштовне обслуговування та надання усіх аеропортових послуг для ДПС, які прибувають/відбувають з аеропорту «Львів».

У Постанові від 18.03.2021 у справі № 910/9525/19 Верховний Суд зазначає про необхідність встановлення природи штрих-коду на тексті договору при встановленні судами факту розробки договору відповідною стороною правочину. Так як позивач зазначає, що вказаний договір розроблявся відповідним департаментом відповідача, а скаржник (відповідач) – що штрих-код Адміністративного департаменту Міністерства оборони України є нічим іншим як фіксацією вхідного документа у системі електронного документообігу.

Деякими вченими-юристами пропонується законодавчо закріпити презумпцію «домінуючої» сторони. Так, стороною, яка розробила та/або запропонувала спірну умову, визначається: у договорі, укладеному між особою, що здійснює підприємницьку діяльність, і фізичною особою (в т.ч. споживачем), - сторона, що здійснює підприємницьку діяльність; у договорі приєднання (в т.ч. укладеному між особами, які здійснюють підприємницьку діяльність) -сторона, чії стандартні умови лягли в основу тексту договору в цілому; у договорі, укладення якого є невід’ємним елементом регулярної професійної діяльності на відповідному ринку лише однієї зі сторін, - ця сторона; у договорі, при укладенні якого одна зі сторін фактично не могла або мала обмежені можливості істотно впливати на зміст договору, - «сильна» сторона [79].

Проте, визначення сторони, яка розробила чи запропонувала дефектну умову не призводить до автоматичного застосування принципу *contra proferentem*. Це призвело б до зловживання правом. Так, у справі № 916/3948/19 [94] Верховний Суд не погодився із висновками судів першої та апеляційної інстанції щодо застосування принципу *contra proferentem* до спірних правовідносин, зазначивши, що останні не мали правових підстав для його застосування. Спир виник між фізичною особою та банківською установою з приводу договорів поруки в забезпечення зобов’язань за кредитним договором. Спирні договори поруки містили, на думку фізичної особи – позивачки, два взаємовиключних абзаци, за якими визначаються два різні, суперечні один одному строки, після закінчення яких порука припиняється, що не відповідає вимозі однозначності, суперечить юридичній визначеності як складовій принципу верховенства права. Позивачка

також зазначила, що вибіркоче застосування банком умов договорів ставить сторони договору в нерівні умови, не відповідає її волевиявленню. Стверджує, що не була вільна в укладенні спірних договорів поруки і могла лише до них приєднатися (не мала можливості змінювати, заперечувати або пропонувати свої умови договорів).

Так, Суд заперечив можливість застосування принципу *contra proferentem* з урахуванням того, що спірні договори поруки були підписані позивачкою особисто, при їх підписанні вона усвідомлювала значення своїх дій, розуміла зміст цих договорів, погодилась з їх умовами. Таким чином, *contra proferentem* може бути конструкцією, яка спрямована на встановлення істинної волі сторін договору. В даному випадку, Суд саме так і аргументував відсутність правових підстав для застосування цього принципу, адже, як встановили суди попередніх інстанцій, позивачка підписувала договори поруки особисто, розуміла значення та наслідки своїй дій, погодилась з умовами, що, очевидно, вказує на те, що скаржниця була вільною при укладенні цих договорів. А значить її воля є встановленою, тому для застосування *contra proferentem* немає підстав. Навіть, незважаючи на те, що умови договору не є «індивідуально узгодженими». Певно, необхідно додати до підстав для застосування принципу ще й наявність пропозицій щодо укладення договорів на інших умовах.

Загалом, метою тлумачення спірної умови шляхом застосування *contra proferentem* є встановлення істинної волі сторін, а отже вказаний принцип відповідає засадам автономії волі. Тож, погоджуємось з тією думкою, що спосіб уточнення змісту спірної умови, яку суд не зміг витлумачити на основі звичайних методів тлумачення, націлених на виявлення або буквального сенсу тексту, або істинної (найбільш імовірної) суб'єктивної волі сторін, у більшій мірі відповідає принципу автономії волі сторін, ніж багато інших відносно прийнятних альтернатив (наприклад, вибір інтерпретації на основі вільного політико-правового розсуду судді) [79].

Таким чином, застосування судами *contra proferentem* є ефективним методом тлумачення дефектних та неясних умов договору, що має на меті з'ясування

істинної волі сторін. З урахуванням застосування судами *contra proferentem* до господарських зобов'язань, до господарських правовідносин, учасниками яких є споживачі, та беручи до уваги європейський курс нашої держави, пропонується доповнити частину 4 статті 179 Господарського кодексу України пунктом 4.1 з таким формулюванням:

«При тлумаченні змісту господарського договору, якщо є сумніви щодо понять, які можуть мати декілька значень, такі поняття повинні розумітись у тому сенсі, який найбільше відповідає характеру, суті та предмету договору.

У разі виникнення сумнівів щодо умов господарського договору на основі вільного волевиявлення, вони повинні бути інтерпретовані проти сторони, яка їх запропонувала, і на користь сторони, яка прийняла ці умови.

У всіх випадках умови договору тлумачаться на користь споживачів і сторони, що приєднується до умов.»

РОЗДІЛ 2

МЕЖІ ДІЇ ПРИНЦИПУ СВОБОДИ ДОГОВОРУ В ГОСПОДАРЬСЬКОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

2.1. Підстави обмеження договірної свободи у господарському праві України

Свобода договору завжди є детермінованою, зумовленою різними чинниками (як зовнішніми, так і внутрішніми). Однак, держава може втручатися в права і свободи своїх громадян лише за умови відповідності такого втручання вимогам законності, необхідності, доцільності і пропорційності цілі, яка переслідується.

Незважаючи на те, що договір є універсальним регулятором правовідносин, в господарському та цивільному оборотах він опосередковує різні за своєю правовою природою та метою відносини. А тому, як зазначає О. В. Безух, все ж йдеться не про обмеження принципу свободи договору, а про те, що в цивільному і господарському оборотах принципи свободи договору мають різний зміст [95]. Бачиться, що саме особливості сфери господарювання здатні визначити зміст свободи господарського договору. Так як свобода договору є логічним продовженням максими «що не заборонено – те дозволено», буде доцільним розкрити зміст договірної свободи в господарському праві саме через детермінанти – обмеження.

Почати слід із розмежування цивільного та господарського оборотів, що тягнуть за собою питання співвідношення приватних та публічних інтересів. А також із визначення місця господарського договору в системі договірного права. Деякими вченими надається таке визначення цивільного обороту. Цивільний оборот – це юридична форма економічного обороту, а об'єктами останнього є товар, тобто, благо, яке має грошову цінність, отже, і права на нього можуть бути тільки майновими [96, с. 191]. При цьому, розмежовуються поняття цивільного та майнового обороту. Останнє є ширшим та включає не тільки приватноправові, а й публічно-правові відносини. Зазначається, що відносини цивільного обороту

побудовані передусім на таких засадах приватного права, як юридична рівність учасників і автономія їх волі. Проте, бачиться, що найбільшу особливість та відмінність відносин цивільного обороту становить їх мета, а саме – задоволення особистих потреб. А тому, доцільно говорити не просто про юридичну форму економічного обороту, а про цивільно-правове вираження [96, с. 191].

Так, цивільний оборот передбачає певну сукупність правочинів, що задовольняють виключно особисті потреби. На цій підставі, О. В. Безух [95], слушно зауважує, що згідно з ЦК України цивільним законодавством мають регулюватися лише особисті майнові відносини. Та ставить питання про те, чи є оборот товару та сучасні ринкові відносини особистими, чи можливо їх впорядковувати на принципах цивільного права? Науковець пише, що у господарському обороті реалізація принципу свободи договору та правомочностей власності порівняно з цивільними відносинами набуває інших рис, встановлюються жорсткі правила (правила конкуренції) шляхом зобов'язування суб'єктів господарювання діяти певним чином. Крім того, і правовий статус учасників ринкових відносин є відмінним, адже останні характеризуються наявністю економічних суб'єктів, воля яких зумовлюється економічними закономірностями, а не особистими потребами. Тут постає питання про співвідношення приватних та публічних інтересів.

Держава, з метою забезпечення реалізації приватних (індивідуальних) і публічних (державних, суспільних) інтересів, має визначати їх оптимальне співвідношення. Діяльність держави має здійснюватися з урахуванням як приватних, так і публічних інтересів; повинна спрямовуватися на їх узгодження і поєднання.

Як слушно зазначає Т. В. Боднар, було б помилко вважати, що застосуванням приватноправових методів впливу забезпечуються виключно приватно-правові інтереси (інтереси індивідів, окремих колективів), а застосуванням публічно-правових методів – виключно інтереси публічно-правові (держави, суспільства). Оскільки одним із конституційних завдань держави є забезпечення соціальної спрямованості економіки, держава вживає заходів, спрямованих на встановлення

оптимального співвідношення, на узгодження і врахування всіх існуючих інтересів: особи, суспільства і, власне, держави (останні два види інтересів не завжди є тотожними) [97].

Слід зазначити, що саме такий підхід – поєднання приватних і публічних інтересів – визначається господарським законодавством України оптимальним методом господарсько-правового регулювання. А поняття державне регулювання економіки, яким оперує господарське законодавство України, виступає у якості балансира для саморегулювання ринкових відносин. Частиною 1 статті 5 ГК України правовий господарський правопорядок порядок визначається як такий, що формується на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів, виходячи з конституційної вимоги відповідальності держави перед людиною за свою діяльність та визначення України як суверенної і незалежної, демократичної, соціальної, правової держави.

В рамках зазначеного, В. Г. Олюха цілком справедливо наголошує, що сучасна економічна політика держави має бути спрямована на органічне поєднання державного макроекономічного впливу з ринковими приватноправовими засобами регулювання. Локальне регулювання господарських відносин є необхідним елементом соціального впливу на діяльність господарюючих суб'єктів, що дозволяє ефективно конкретизувати загальні положення чинного законодавства для кожного з них [98].

ГК України також містить поняття «суспільний господарський порядок», утвердження якого в економічній системі України є метою ГК України. Як зазначає Т. С. Гудіма, теоретична розробка правової категорії «суспільний господарський порядок» у вітчизняній науці належить видатному українському вченому Г. Л. Знаменському. В цьому понятті міститься «ключ» до розуміння методів та засобів господарсько-правового регулювання економічних відносин. Зокрема, однакове підпорядкування всіх учасників господарських відносин суспільному господарському порядку визнано ключовим методом господарсько-правового регулювання. Вчена слушно зазначає, що поняття «суспільний господарський

порядок» не обмежується лише правовим виміром, адже основи порядку забезпечуються й іншими факторами, а саме: політична стабільність, економічна послідовність прийнятих рішень, панування моралі, сімейних устоїв, патріотичної громадської ідеології, публічних інтересів тощо [99, с. 23-24].

Очевидно, що однією з підстав виправданого втручання держави є охорона публічного інтересу, під впливом якого впорядковується діяльність учасників господарських відносин.

Нерідко публічний інтерес ототожнюється із державним чи суспільним інтересом. Е. С. Дмитренко, досліджуючи співвідношення публічного та приватного інтересу у фінансовому праві, зазначає, що ототожнення понять «публічний інтерес» та «державний інтерес» відбувалося за часів, коли суспільне життя ґрунтувалося на ідеології домінування держави, державних інтересів над індивідуальними. Проте, пише авторка, перехід до ідеології служіння держави інтересам людини, гарантування забезпечення і захисту державою основних прав та свобод людини і громадянина відбувся саме із закріпленням у Конституції України принципу верховенства права та норм про соціальну державу і людину як найвищу її соціальну цінність [100, с. 89].

З'ясовуючи сутність та зміст поняття «публічний інтерес» та його зв'язок із приватним інтересом, Е. С. Дмитренко співвідносить окремі види публічного інтересу. Так, загальноприйнятим серед науковців є підхід щодо існування трьох груп інтересів (державних, суспільних та місцевих (територіальних)), які об'єднують в одне поняття – «публічний інтерес» [100, с. 90].

При цьому, публічний інтерес не можна розуміти ізольовано – лише як інтерес держави, що відокремлений від інтересів її громадян та суспільства в цілому. Та не всі суспільні інтереси стають публічними, а лише ті, які отримали визнання держави або її адміністративно-територіальних одиниць в особі відповідних органів [100, с. 90].

Науковиця слушно зауважує, що навіть в процесі задоволення публічних потреб має місце узгодження публічних та приватних інтересів. Вони є балансирами один для одного з метою недопущення необґрунтованого

домінування того чи іншого інтересу. Така тенденція спостерігається і в регулюванні договірних відносин (між суб'єктами господарювання, між ними і споживачами) у сфері підприємництва. Наприклад, оскільки згідно з ч. 4 ст. 42 Конституції України держава захищає права споживачів, законодавець, з метою захисту приватних інтересів зазначених осіб, не лише прийняв спеціальний нормативно-правовий акт – Закон України «Про захист прав споживачів» від 12.05.1991 р., а й включив до Цивільного кодексу (далі ЦК) України низку норм, які стосуються саме захисту прав споживачів державою, і за своїм характером є публічно-правовими нормами (ч. 2 ст. 627, ст. 633, ст. 681-1, частини 3, 4 ст. 698, ч. 3 ст. 865 ЦК України) [97, с. 22].

Цим пояснюється, наприклад, дуальність законодавчого регламентування прав споживачів – у цивільному та господарському законодавстві. Бачиться, що лінією розмежування є те, що ЦК України та профільний Закон України «Про захист прав споживачів» фокусують увагу на споживачеві, як більш слабшій стороні – розширюють права споживача, детально регламентують права та обов'язки. В той час, коли ГК України фокусується на суб'єкті господарювання шляхом здійснення державного нагляду за господарською діяльністю у сферах споживання (за якістю і безпечністю товарів і послуг), цін та ціноутворення, фінансових, кредитних відносин, валютного регулювання та податкових відносин тощо. Таким чином відбувається державне регулювання економіки, в тому числі і шляхом ліцензування, патентування та квотування.

О. Ю. Піддубний зазначає, що особливістю споживчих договорів є надання законодавцем численних переваг у правах споживачу і покладення відповідних обов'язків щодо їх забезпечення на виробника (виконавця). Це робиться з метою захисту споживача, який не може і не повинен розбиратися в усіх особливостях того чи іншого товару чи послуги та через свою необізнаність не повинен ставати об'єктом маніпуляції з боку виробника (виконавця). Так менший обсяг можливостей і компетентності споживача компенсується більшим обсягом прав [101, с. 49].

Автор наголошує, що попри норму про подвійне підпорядкування обом кодексам, у такому виді договорів вбачається лише цивільно-правове регулювання. Його цілком достатньо, оскільки споживач завжди в цих відносинах перебуває у своєму цивільному праві, і те, що договір є публічним, обмежує лише продавця, споживача ж лише управнює стосовно того, використовувати це правило аби укласти договір чи не використовувати, якщо пропозиція виробника його не влаштовує. Та і взагалі, цивільне право має у своєму арсеналі низку обмежень договірної свободи, із яких публічність договору – не виняткове і не єдине, є ще договір про приєднання, попередній договір, договір з особою, котра виграла прилюдні (електронні) торги; також називаються типовий договір і договір за державним замовленням, хоча останні обмеження, зазначає науковець, вже явно належать до господарсько-правового інструментарію [101, с. 49].

Якщо говорити про захист публічного інтересу (інтересу держави), то яскравим прикладом забезпечення потреб держави є положення про обов'язковість укладення господарського договору на основі державного замовлення. Обов'язковість державного замовлення для його виконавців зобов'язує останніх до укладання державного контракту, що є свідченням надання переваги публічним інтересам перед приватними і, водночас, обмеження свободи договору, зокрема, щодо вільного укладення договору, вибору контрагента та визначення умов договору.

Укладення державою договорів є найпоширенішим способом забезпечення її потреб. Так, відповідно до Закону України «Про публічні закупівлі» під час укладення договору про закупівлю товарів, робіт і послуг забезпечуються основні потреби держави. Таким чином, держава Україна, як спеціальний учасник договірних відносин, задовольняє не приватний інтерес, а суспільний. Загалом, як зазначає М. І. Ромась, особливостями договірного зобов'язання за участю держави Україна є: 1) юридична рівність держави поряд з іншими суб'єктами договірного зобов'язання; 2) держава виступає суб'єктом договірного зобов'язання через своїх представників – органи державної влади, оскільки безпосередня участь держави в цивільних правовідносинах виключається; 3) особливий порядок укладення

договорів, який встановлюється лише законом; 4) підставою для укладення договорів є проведення конкурсу або тендера; 5) обмеження свободи договору зумовлене наявністю імперативних норм у правовому регулюванні договірних зобов'язань за участю держави Україна (представництво державними органами лише в межах повноважень, державне замовлення тощо); 6) формування волі і волевиявлення у публічно-правового утворення відбувається у зв'язку з необхідністю задовольнити суспільні (державні) потреби [102, с. 93].

З огляду на зазначене, якщо суспільні (державні) інтереси є очевидними в договірних відносинах, то відбувається домінування волі держави, а разом з цим і домінування публічного права над приватним. З іншого боку, якщо інтерес держави в конкретних договірних відносинах неочевидний, то слід застосовувати принцип *in dubio pro libertate*. У найзагальнішому вигляді ця максима передбачає пріоритет приватного права над публічним, якщо публічний інтерес у даному випадку не є очевидним. Будь-яке обмеження свободи договору, права власності чи особистих прав має впливати з законного інтересу держави щодо втручання у сферу приватного права. Держава може зробити це лише за умов захисту суспільного інтересу, який має бути домінуючим за будь-яких обставин і в кожному окремому випадку. Державне втручання у сферу приватного права може також здійснюватися опосередковано (наприклад, через обмеження економічної конкуренції, судовий або адміністративний контроль умов договорів постачальників товарів або послуг). Тож, договірна свобода є проявом свободи суб'єктів договірних правовідносин у момент створення, зміни та припинення правовідносин. У законодавстві цей принцип виражається наявністю диспозитивних і імперативних норм, адже свобода завжди детермінується, в тому числі, і через норми-обмеження. Таким чином, якщо для осіб приватного права буде діяти принцип свободи договору як продовження принципу *quod lege non prohibitum, licitum est* – дозволено все, що прямо не заборонено законом, то для суб'єктів публічного права, які здійснюють державну владу діє принцип їхньої дієздатності «дозволено лише те, що передбачено законом».

Це корелюється також і з визначенням договірної свободи, що міститься в Кодексі європейського контрактного права (European Contract Code) [103]. Так, в Книзі Першій (Book One) в статті 2 говориться, що сторони можуть вільно визначати зміст договору в рамках обмежень, що встановлені обов'язковими нормами, мораллю та державною політикою, як це встановлено у цьому Кодексі, законодавстві Співтовариства або національному законодавстві Держави – члена Європейського Союзу, та завжди за умови, що сторони не спрямовані виключно на нанесення шкоди іншим. У пункті другому цієї ж статті зазначено, що сторони у межах, встановлених попереднім пунктом можуть укласти договори, не врегульовані цим Кодексом, зокрема, шляхом об'єднання різних правових видів та зв'язування кількох актів.

З цього, по-перше, слідує, що договір, поруч із усталеною позицією, розглядається як регулятор. На цьому наголошує також суддя Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду Василь Крат, зазначаючи, що по-перше, договір розглядається як юридичний факт, який породжує виникнення, зміну чи набуття цивільних прав та обов'язків. На підставі договору можуть виникати різні права (зобов'язальні, немайнові, речові тощо). По-друге, договір розглядається як зобов'язальне правовідношення, яке виникає внаслідок його укладення. Існують також переддоговірні відносини, які можуть істотно позначитися на дійсності договору, та постдоговірні відносини (наприклад, гарантійні зобов'язання). По-третє, у формальному сенсі договір розглядається як документ, у якому фіксуються його умови (йдеться про форму договору). По-четверте, договір розглядається як засіб регулювання, в тому числі конкретизації прав та обов'язків [104].

Та наступний висновок, що впливає із визначення договору як регулятора, полягає у тому, що автономія сторін розповсюджується лише на ту сферу суспільних відносин, яка не є прямо унормованою, та найголовніше – допускає можливість саморегулювання. Верховний Суд у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду у постанові від 30.09.2020 у справі № 559/1605/18 [105] зазначив, що тлумачення пункту 3 статті 3, статті 627 ЦК України свідчить, що свобода договору має декілька складових. Зокрема, свобода укладання

договору; у виборі контрагента, виду договору, визначенні умов договору, форми договору. При реалізації принципу свободи договору слід враховувати вимоги ЦК України, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, розумності та справедливості. Тобто законодавець, закріплюючи принцип свободи договору, встановив і його обмеження. Причому останні є одночасно й межами саморегулювання.

Вищевикладене дозволяє дійти такого проміжного висновку. Договірна автономія учасників в господарському зобов'язанні може реалізуватися за умови, що сфера таких суспільних відносин не є імперативно унормованою та допускає можливість саморегулювання. До сфери суспільних відносин, в яких публічний інтерес є домінуючим та очевидним, має застосовуватися принцип «дозволено лише те, що передбачено законом».

Проблема обмеження свободи господарського договору також тісно переплітається із визначенням місця господарського договору в системі договірного права. Це пояснюється тим, що «господарський договір, на відміну від цивільно-правового, часто зачіпає публічні інтереси, тобто його дія не обмежується впливом на сторони, які беруть у ньому безпосередню участь, а позначається на інтересах держави і суспільства в цілому» [106, с. 908].

Дуальне правове регулювання господарських договірних відносин періодично актуалізує дискусію щодо правової природи господарського договору. Більшість вчених-цивілістів заперечує самостійність господарського договору. Проте, ряд вчених все ж поділяє думку про самотність цього договору.

Так, заслуговує особливої уваги позиція В. С. Мілаш: «упродовж тривалого часу договір розглядався як інститут цивільного права, а питання про створення загального вчення про договір не порушувалося взагалі або викликало негативне ставлення. Однак сьогодні в більшості науковців немає сумніву, що договір є міжгалузевим досить гнучким правовим засобом, за допомогою якого задовольняються різного роду суспільні потреби. На сучасному етапі низка галузей, підгалузей права (цивільне, сімейне, трудове, господарське,

адміністративне, міжнародне тощо) містять у своєму правовому інструментарії означений правовий засіб» [107, с. 37].

Науковиця також у своїй монографії «Перспективи модернізації договірних правовідносин у сфері господарювання» зазначає, що у колі представників господарсько-правової концепції немає єдності щодо визначення правової природи господарського договору. Так, В. С. Щербина та А. Я. Пилипенко розглядають господарський договір як самостійну господарсько-правову категорію, що співвідноситься з категорією «договір» як загальне і часткове. Особливими ознаками, притаманними господарському договору, вчені називають господарські цілі (якими є реалізація продукції, виконання робіт, надання платних послуг), дію щодо господарських договорів окремих правил стосовно їх укладання (наприклад, укладання договорів на підставі державних замовлень) і змісту господарських договірних зобов'язань, законодавче обмеження кола можливих суб'єктів господарських договорів. На цих самих ознаках, пише авторка, акцентують увагу Н. М. Пархоменко, Р. Ю. Ханік-Посполітак, О. О. Коломієць, які до того ж співвідносять господарський договір із цивільним, як видове поняття з родовим [108, с. 15-16].

О. Ю. Піддубний, до прикладу, виводить поняття «чистих» господарських договорів, називаючи основний критерій – змістовний і додатковий – суб'єктний, що верифікує безпомилкове віднесення певного договору до числа господарських. Хоча суб'єктний критерій, пише науковець, дещо абстрактний, з огляду на те, що і не господарський договір може укладатися з організованим суб'єктом, і цивільний договір, навпаки, не може укладатися з метою, яка суперечить інтересам держави і суспільства, а отже, враховує публічний інтерес [101, с. 49].

Вчений також наголошує на особливості правового регулювання договірних відносин між суб'єктами господарювання, зазначаючи, що останні регламентуються нормами Господарського і Цивільного кодексу, численними актами законодавства у відповідних сферах – промисловості, енергетики, фінансів, сільського господарства тощо. Сторони цих договорів є професійними учасниками відповідних ринків, зареєстрованими у встановленому порядку. Права їхніх

учасників захищаються окремим спеціалізованим судом – господарським – і на однакових, достатньо суворих засадах, оскільки професійні учасники господарських відносин не можуть посилатися на складність і специфічність законодавства, багатовимірність і ризикованість самої діяльності та вимагати до себе на цій підставі особливого ставлення з боку законодавця і суду, адже, приймаючи для себе рішення про зайняття такою діяльністю, вони заздалегідь акцептують і всі пов'язані з її здійсненням ризики. Господарський договір, як зазначається, завжди укладається із господарською (комерційною) метою для досягнення необхідних сторонам господарських і комерційних результатів [101, с. 49].

О. А. Беяневич свого часу також наголошувала на тому, що господарський договір є збірним поняттям, що об'єднує різні договірні типи, які мають схожі принципи нормативної регламентації. На переконання вченої, господарський договір є правовою формою господарських зв'язків, специфічним правовим засобом, у якому поєднуються публічні інтереси суспільства в цілому та приватні інтереси окремих суб'єктів господарювання [33, с. 10-12].

У такому напрямку міркувань слід зазначити, що доктринальні джерела здебільшого використовують поняття «обмеження» чи «звуження» свободи господарського договору. Так, О. А. Беяневич зазначає, що у договірних відносинах за участю держави принцип свободи договору діє нерівномірно, а саме: – він виключається для державних органів, що виконують відповідні функції в договірних відносинах (продавця державного майна, орендодавця, концесієдавця, замовника) у межах своєї компетенції, визначеної законодавчо; – він виключається для суб'єктів господарювання, які зобов'язані в силу закону укласти відповідні договори з урахуванням застережень, встановлених законом; - для суб'єктів господарювання, що не зобов'язані укласти договори певного виду, але добровільно вступають у такі договірні відносини, свобода договору в основному починається і закінчується на стадії укладення договору з огляду на спеціальний правовий режим таких договорів. У цьому разі впливати на зміст такого договору, зміну його умов або розірвання суб'єкт господарювання може в обмежених

випадках. Таким чином, у господарських договорах, обтяжених публічним компонентом, принцип свободи договору діє у звуженому вигляді, і межі його дії визначаються публічною, соціальною спрямованістю таких договорів, їх юридичною метою та об'єктом [34, с. 68].

Також вчена зазначає, що суттєвими обмежувачами договірної свободи слід також вважати: 1) відповідно до ст. 627 ЦК – вимоги розумності та справедливості, яких мають дотримуватися учасники договірних правовідносин; 2) відповідно до ч. 1 ст. 203 ЦК – моральні засади суспільства. Крім того, в окремих актах чинного законодавства такими обмежувачами називаються «суспільний порядок», «публічний порядок», «публічні інтереси», «принципи гуманності та моралі». Застосування в судовій практиці саме таких обмежувачів свободи є найбільш складним через абстрактність формулювання та оціночний характер [33, с. 66].

В. С. Мілаш також використовує поняття «звуження» договірної свободи та окремо називає випадки (умови) для цього, а саме: типові та примірні договори; нормативно встановлений обов'язок включення окремих умов до змісту відповідних договорів (істотні умови визначені як такі за законом); нормативно закріплений обов'язок укладення договору для відповідних суб'єктів господарювання; чітке нормування окремих параметрів здійснення господарської діяльності (запровадження технічних регламентів, механізму квотування, державного регулювання цін та ін.) тощо [4, с.14].

В. М. Никифорак зазначає, що задекларована законом свобода договору неодмінно повинна мати свій обсяг і відповідні межі. Зрозуміло, що зумовленість таких меж може мати під собою різне підґрунтя, проте першочергово зазначена необхідність встановлення меж свободи договору прямолінійно залежить від належної реалізації таких загальних засад цивільного права, як розумності, справедливості та добросовісності. Загалом, вказані принципи є «... мірилом, «лакмусовим папірцем», «... цементуючою ланкою» розвитку і становлення майнового обороту» в сучасному суспільстві [109, с. 104].

В. С. Щербина обмеження договірної свободи називає однією із підстав недоцільності перенесення принципу свободи договору на правовідносини за

участю суб'єктів господарювання. Адже, ГК України, на відміну від ЦК України, надає перевагу у регулюванні договірних відносин закону, а не договору; для господарських договорів здебільшого характерним є здійснення публічних закупівель, застосування державного оборонного замовлення, а також використання типових і примірних договорів; у господарських відносинах досить важливим є обмеження договірної свободи приписами законодавства про захист економічної конкуренції тощо [69, с. 91].

Аналіз наведеного дозволяє дійти висновку, що свобода господарського договору, з одного боку, обмежується загальними оціночними поняттями публічного порядку, розумності, добросовісності та справедливості, з іншого боку – обмеження договірної свободи відбувається шляхом втручання держави у договірні відносини суб'єктів господарювання у вигляді конкретних господарсько-правових інструментів. Крім того, охорона публічного порядку, засади розумності, добросовісності та справедливості є універсальними «обмежувачами», що застосовуються і у приватноправових відносинах. Так, у статті 13 ЦК України говориться, зокрема, про такі межі здійснення цивільних прав, як права інших осіб, моральні засади суспільства, утримання від дій, що могли б завдати шкоду довкіллю та культурній спадщині.

Такий висновок відповідає двом моделям обмеження свободи договору – *ex post* та *ex ante*. Модель *ex post* передбачає закріплення на рівні закону або прецедентної практики загальних оціночних стандартів, яким угода та її умови мають відповідати, та фактично делегують основну частину політико-правової оцінки відповідності конкретних договірних умов цим оціночним стандартам суду, що розглядає конкретний спір [110, с. 67].

Під час розгляду спору суд перевіряє спірну умову на відповідність певним оціночним критеріям належного змісту договорів (справедливість, добросовісність, моральність тощо). Якщо суб'єктивна думка судді така, що воля сторін суперечить цим оціночним критеріям, він реалізує свою правомочність не визнавати юридичну силу договірних умов. Нині ця модель реалізується практично у всіх країнах світу, в яких суди формують широку практику стосовно відмови у

приведенні до виконання умов, що суперечать таким закріпленим у законі оціночним стандартам, як добросовісність, публічний порядок, справедливість тощо [110, с. 67]. Так, Велика Палата Верховного Суду у постанові від 02.11.2021 у справі № 917/1338/18 [111] зазначила, що справедливість, добросовісність, розумність належать до загальних засад цивільного законодавства, передбачених статтею 3 ЦК України, які обмежують свободу договору, встановлюючи певну межу поведінки учасників цивільно-правових відносин. Ці загальні засади втілюються у нормах права та умовах договорів, регулюючи конкретні правовідносини так, що кожен із учасників відносин зобов'язаний сумлінно здійснювати свої цивільні права та виконувати цивільні обов'язки, захищати власні права та інтереси, дбаючи водночас про права та інтереси інших учасників, зокрема, передбачаючи можливість завдання своїми діями (бездіяльністю) шкоди правам і інтересам інших учасників.

Продовжуючи дослідження моделей обмеження свободи договору, П. Бітюк зазначає, що модель *ex ante* полягає у встановленні державою прямих обмежень свободи договору шляхом вказівки на те, які конкретно умови сторонам забороняється узгоджувати у договорі. Ці вказівки втілюються в імперативні норми, що запроваджують прямі заборони або позитивні приписи, з яких такі заборони недвозначно випливають [110, с. 67].

Багатьма вченими підтримується позиція, що саме імперативні норми є головним правовим засобом обмеження договірної свободи, які діють навіть проти волі сторін, лишаючи можливості таких сторін приймати рішення самостійно. Так, у науковій літературі наводяться випадки, коли можливе обмеження принципу: 1) укладення договору є обов'язковим для однієї зі сторін; 2) окремим суб'єктам заборонено укладати певні види договорів; 3) якась сторона обмежена або позбавлена можливості брати участь у формуванні умов договору; 4) законом встановлені певні приписи щодо умов договору; 5) вимагається відповідність договору типовим умовам договорів певних видів; 6) законом передбачається механізм укладення договору з попереднім узгодженням його умов, або отримання

дозволу на це, або з використанням певних дій, які передують укладенню договору, та інше [112, с. 92].

Інші вчені вважають, що встановлення імперативних норм має на меті захист більш слабкої сторони. Так, імперативні норми можуть містити заборону на включення певних умов до договору або зазначати про обов'язковість включення до договору відповідних умов. Закріплюючи імперативні норми у правових актах, законодавець не обмежує свободу договору, а, навпаки, її встановлює, визначаючи тим самим певні рамки та впорядковуючи договірні відносини [62, с. 210].

У такому контексті виникає питання, як співвідносяться між собою універсальні засоби обмеження свободи господарського договору (*ex post*) та конкретні господарсько-правові інструменти (*ex ante*)? Для відповіді на це питання необхідно проаналізувати поняття державного регулювання економіки. Така діяльність є однією з форм участі держави в економіці, що полягає у її впливі на розподіл ресурсів і доходів, темпи економічного розвитку та рівень добробуту населення країни.

Сучасна ринкова економіка характеризується різноманітністю методів, форм й інститутів державного регулювання. Як зазначається у науковій літературі, методи державного регулювання можна класифікувати як за формами впливу, так і за засобами впливу. За формами впливу методи поділяють на методи прямого та непрямого впливу [113, с. 28-29].

Прямий регуляторний вплив включає засоби, які регулюють діяльність суб'єктів ринку (нормативно-правові акти, ліцензування, стандартизація тощо). А також засоби, які використовують для регулювання економічного зростання (державні замовлення, планування, квотування).

На відміну від методів прямого впливу, непрямі методи регулюють поведінку учасників ринку опосередковано, змушуючи чи мотивуючи таких суб'єктів діяти у бажаному напрямі для держави. Такі методи ґрунтуються, зокрема, на інструментах грошово-кредитної політики держави.

За засобами впливу методи державного регулювання економіки поділяють на правові, адміністративні, організаційні, економічні [113, с. 29].

Державне правове регулювання здійснюються на основі цивільного і господарського законодавства через систему норм та правил, встановлених ними. Нормативно-правові акти як засоби правового державного регулювання економіки визначають: – об’єкт та зміст регулювання; – умови, обставини і ситуації у сфері економічних відносин, за яких нормативно-правові акти набувають чинності; – права й обов’язки учасників відносин, які регулюють нормативно-правовими актами; – відповідальність юридичних і фізичних осіб за їхнє невиконання [113, с. 31-32].

Серед адміністративних методів: – використання системи держзамовлень та держконтрактів; – застосування державного примусу, санкцій і штрафів, ліцензій, дозволів, заборон, квот тощо; – запровадження норм і стандартів, які регламентують вимоги до якості робіт, послуг, продукції, до організації виробничих процесів, операцій на внутрішньому та зовнішньому ринках [113, с. 34].

Оптимальне поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб’єктів господарювання та державне регулювання макроекономічних відносин в контексті договірних відносин яскраво демонструється положенням статті 179 ГК України. Так, при укладенні господарських договорів сторони можуть визначати зміст договору на основі: вільного волевиявлення, коли сторони мають право погоджувати на свій розсуд будь-які умови договору, що не суперечать законодавству; примірному договору, рекомендованого органом управління суб’єктам господарювання для використання при укладенні ними договорів, коли сторони мають право за взаємною згодою змінювати окремі умови, передбачені примірним договором, або доповнювати його зміст; типового договору, затвердженого Кабінетом Міністрів України, чи у випадках, передбачених законом, іншим державним органом або органом державної влади, коли сторони не можуть відступати від змісту типового договору, але мають право конкретизувати його умови; договору приєднання, запропонованого однією стороною для інших можливих суб’єктів, коли ці суб’єкти у разі вступу в договір не мають права наполягати на зміні його змісту. А також окремо виноситься договір на основі

державного замовлення, що укладається між визначеними законом суб'єктом господарювання - виконавцем державного замовлення та державним замовником, що уповноважений від імені держави укладати договори (державні контракти), в яких визначаються господарські зобов'язання сторін та регулюються відносини замовника з виконавцем щодо виконання державного замовлення.

Вказане наводить на думку, що, коли мова йде про господарські договори на основі вільного волевиявлення сторін, то повинні застосовуватись універсальні обмежувальні засоби. Коли ж мова йде про господарські договори на основі державного замовлення, а також, коли це прямо вказано – примірні, типові договори, договір приєднання – має місце державне регулювання економіки шляхом втручання в сферу договірних відносин. Так, наприклад, примірні, типові договори, договори приєднання, можна віднести до методів державного правового регулювання, а договір на основі державного замовлення – до адміністративних методів державного регулювання економіки.

Така теза цілком відповідає правовим режимам у сфері господарювання, які виокремлює О. А. Беяневич: загальний (переважно з приватноправовим регулюванням) і спеціальний (з домінуванням публічно-правового компонента), що надає можливість визначати основні підходи до практики застосування принципу свободи договору до відносин у сфері господарювання [34, с. 68].

Деякими вченими зазначається, що обмеження принципу свободи договору здебільшого розглядається під кутом зовнішнього фактору, а саме впливу держави на договірні відносини суб'єктів господарювання. Однак чи можна вважати обмеженням принципу свободи договору випадки, коли сторони, укладаючи договір, з власної волі обмежують свої права на подальші дії? Зокрема, це стосується вертикальних обмежень у правочинах. З одного боку, сторони добровільно формують зміст правочину, приймаючи на себе певні права та обов'язки, але з іншого – подальше обмеження право- та дієздатності призводить до нехтування принципу свободи договору [114, с.165].

Відповідно до пункту 2 Розпорядження Антимонопольного комітету України від 12.10.2017 № 10-рп «Про затвердження Типових вимог до вертикальних

узгоджених дій суб'єктів господарювання стосовно постачання та використання товарів», вертикальні обмеження – це обмеження, передбачені статтею 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції» й обумовлені вертикальними узгодженими діями суб'єктів господарювання.

Іншими словами, це обмеження, які учасники вертикальних узгоджених дій застосовують у договірних відносинах та які призвели чи можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції [114, с. 166].

Як слушно зазначає О. В. Безух, в умовах ринку договір є частиною (елементом) публічних явищ: економічної конкуренції, ринкових відносин, забезпечення добробуту суспільства та його економічної безпеки тощо та не передбачає самостійного ізолюваного існування, як це досліджується в цивільному праві [95, с. 38].

Продовжуючи думку, Т. В. Боднар зазначає, що призначенням ГК України та інших актів господарського законодавства в частині регулювання договірних відносин (договірних зобов'язань) є регулювання відносин, якщо таким договірним відносинам (договірним зобов'язанням) властива публічно-правова складова, що знаходить свій прояв у публічному інтересі [97, с. 16].

Таким чином, підставами обмеження договірної свободи в господарському праві є особливості сфери господарювання, які проявляються у відмінностях цивільного та господарського оборотів; у відмінностях цивільно-правового та господарського договорів; у поєднанні приватноправових та публічно-правових методів впливу. Вказані особливості і будуть визначати зміст свободи господарського договору. Так, свобода договору це свобода його учасників, що добровільно вступають у договірні відносини з господарською метою. Учасники таких відносин вільні у вирішенні питання щодо вступу у договірні відносини та у визначенні змісту господарсько-договірного зобов'язання.

Загалом, можна зробити висновок, що в умовах ринку передумовою концепції свободи договору служать не тільки і не стільки постулати теорії індивідуальних прав, скільки насамперед доктрини порядків, тобто взаємодія ліберального (ринкового), державного та громадського порядків. А також і

взаємодія інтересів – приватних та публічних (державних, суспільних, місцевих). Іншими словами, автономія сторін та їхня свобода вступати в договірні відносини між собою відповідають інтересам суспільства лише за умови, що конкуренція обмежує надмірне зосередження економічної могутності в руках небагатьох учасників ринку. У тих випадках, коли недоліки ринку не дають можливості розвиватися взаємодії конкуруючих економічних сил, держава може на законних підставах втручатися у сферу свободи договору.

Тож в цьому контексті доречно говорити про розрізнення понять «обмеження» та «втручання». Так, наприклад, що стосується «обмеження», то з позицій праксеології договірний акт суб'єктів як інструмент досягнення визначених ними цілей є, по суті, завжди актом самообмеження, оскільки кожен з цих суб'єктів добровільно бере на себе виконання певних суб'єктивних обов'язків в обмін на задоволення своїх потреб у певних благах. Причому особа одночасно не може отримувати вигоди, що здобуваються через співробітництво на основі розподілу праці у суспільстві, та від зловживання поведінкою, яке неминуче веде до розпаду суспільства. Особа повинна обирати між дотриманням певних правил, що роблять можливим життя у суспільстві, та «життям у небезпеці» у стані нескінченних воєнних дій між незалежними індивідами [3, с. 117]. Таким чином, сторони, вступаючи в договірні відносини, добровільно зв'язують себе зобов'язаннями, тобто відбувається внутрішнє регулювання. Що ж до зовнішніх факторів регулювання, то серед них можна виділити імперативні норми закону, конкретні заборони чи обов'язки, які унормовують ту чи іншу сферу правовідносин, визначаючи «правила гри».

В той же час, «втручання» передбачає віддання переваги у регулюванні тієї чи іншої сфери суспільних відносин державі. Так, наприклад, при придбанні одним суб'єктом господарювання акцій у статутному капіталі іншого, якщо це забезпечить перевищення 25% голосів у вищому органі управління відповідного суб'єкта господарювання, законом встановлений обов'язок звернутися до Антимонопольного комітету із заявою про надання дозволу на концентрацію. Так, відповідно до статті 22 Закону України «Про захист економічної конкуренції» від

11.01.2001 № 2210 [115], з метою запобігання монополізації товарних ринків, зловживання монопольним (домінуючим) становищем, обмеження конкуренції органи Антимонопольного комітету України здійснюють державний контроль за концентрацією суб'єктів господарювання. При цьому, концентрацією визнається:

1) злиття суб'єктів господарювання або приєднання одного суб'єкта господарювання до іншого;

2) набуття безпосередньо або через інших осіб контролю одним або кількома суб'єктами господарювання над одним або кількома суб'єктами господарювання чи частинами суб'єктів господарювання, зокрема, шляхом:

а) безпосереднього або опосередкованого придбання, набуття у власність іншим способом активів у вигляді єдиного майнового комплексу або структурного підрозділу суб'єкта господарювання, одержання в управління, оренду, лізинг, концесію чи набуття в інший спосіб права користування активами у вигляді єдиного майнового комплексу або структурного підрозділу суб'єкта господарювання, в тому числі придбання активів суб'єкта господарювання, що ліквідується;

б) призначення або обрання на посаду керівника, заступника керівника спостережної ради, правління, іншого наглядового чи виконавчого органу суб'єкта господарювання особи, яка вже обіймає одну чи кілька з перелічених посад в інших суб'єктах господарювання, або створення ситуації, при якій більше половини посад членів спостережної ради, правління, інших наглядових чи виконавчих органів двох чи більше суб'єктів господарювання обіймають одні й ті самі особи;

3) створення суб'єкта господарювання двома і більше суб'єктами господарювання, який протягом тривалого періоду буде самостійно здійснювати господарську діяльність, але при цьому таке створення не призводить до координації конкурентної поведінки між суб'єктами господарювання, що створили цей суб'єкт господарювання, або між ними та новоствореним суб'єктом господарювання;

4) безпосереднє або опосередковане придбання, набуття у власність іншим способом чи одержання в управління часток (акцій, паїв), що забезпечує

досягнення чи перевищення 25 або 50 відсотків голосів у вищому органі управління відповідного суб'єкта господарювання.

Тобто на момент звернення до регулятора учасники концентрації вже перебувають у переддоговірних (договірних) відносинах, а відтак рішення Антимонопольного комітету безпосередньо не обмежує договірну свободу сторін, зокрема, свободу вибору контрагента/форми договору/змісту договору.

Ще один приклад втручання - юридична кваліфікація Фондом гарантування вкладів фізичних осіб правочинів (договорів) банку на предмет їх нікчемності, та подальшого застосування наслідків такої нікчемності. Так, при виведенні неплатоспроможного банку з ринку, Фонд наділений зазначеними повноваженнями. Проте, правовідносини між банком та вкладником виникли на підставі цивільно-правової угоди та існували ще до моменту виникнення спору між Фондом та вкладником. Слід зазначити, що судова практика характеризується наявністю діаметрально протилежних підходів стосовно можливості (неможливості) застосовувати положення ЦК України в частині недійсності правочинів, підстави для визнання нікчемними яких зазначені у ст. 203 та положеннях параграфу 2 Глави 16 ЦК України. Слід зазначити, що досліджувалися не тільки постанови ВС, а й окремі думки суддів ВС. Останні, не зважаючи на їх характер, можуть бути вагомим ідеологічним інструментом впливу на судову практику. Тож, аналіз дозволяє виділити три основні підходи суддів до вирішення спірного питання: 1) Фонд не є суб'єктом владних повноважень у розумінні ст. 4 КАС України, а відповідно до відносин Фонду та вкладника (позивача) слід застосовувати норми ЦК України (окремі думки суддів ВП ВС у справах № 811/3526/15 [116], № 813/6392/15 [117], № 592/13020/17 [118] та ін.); 2) Фонд є суб'єктом владних повноважень у розумінні ст. 4 КАС України, а відповідно до відносин Фонду та вкладника (позивача) слід застосовувати норми Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» (окремі думки суддів ВП ВС у справах № 910/12294/16 [119], № 802/351/16-а [120], № 804/1920/16 [121]); 3) Фонд виконує повноваження органів правління банку, а його рішення щодо віднесення правочину до нікчемних є внутрішнім розпорядчим документом банку, що за своєю

юридичною природою не створює обов'язків для третіх осіб (постанови ВП ВС у справах №819/353/16 [122]; №815/5392/16 [123]; № 813/1061/16 [124];).

З огляду на це можна зробити висновок, що «обмеження» договірної свободи безпосередньо формують договірні відносини сторін, в той час як «втручання» держави відбувається у вже існуючі договірні (переддоговірні) відносини та не має обов'язковим наслідком обмеження свободи вибору контрагента, форми та змісту договору.

2.2. Класифікація обмежень свободи договору в господарських зобов'язаннях

Як було зазначено у попередньому підрозділі, в умовах ринку передумовою концепції свободи договору служать не тільки і не стільки постулати теорії індивідуальних прав, скільки насамперед доктрини порядків, тобто взаємодія ліберального (ринкового), державного та громадського порядків. А також і взаємодія інтересів – приватних та публічних (державних, суспільних, місцевих). З цього випливає, що в контексті господарського правопорядку, свобода договору має розглядатися скоріше як основа економічної моделі – вільного ринку, а не тільки як правомочність, суб'єктивне право чи принцип.

Тому, відповідно до висновків попереднього підрозділу, доречно буде розмежувати втручання держави в економічні відносини, що, звичайно, матиме наслідком встановлення певних лімітів і для здійснення договірної свободи; та обмеження у праві – вільного вибору контрагента, форми чи змісту договору.

Говорячи про участь держави в економіці, слід згадати про економічну та політичну доктрину *laissez-faire* або «принцип невтручання». Цей принцип передбачає мінімальне втручання держави в економічні відносини окремих осіб та суспільства в цілому. Походження цього терміну достеменно невідоме, проте за легендою припускається, що термін виник у Франції за часів Людовіка XIV. Жан-Батист Кольбер, посада якого фактично відповідала міністрові фінансів,

запитав у промисловців, що уряд може зробити, щоб допомогти бізнесу. Відповідь була такою: «Залиште нас у спокої!» («Laissez-nous faire!») [125].

Політика *laissez-faire* отримала сильну підтримку в класичній економіці, так як вона розвивалася у Великій Британії під впливом філософа і економіста Адама Сміта. Віра в цю модель була популярною протягом усього XIX ст. Її прихильники допускали в класичній економіці природний економічний порядок як аргумент на підтримку своєї віри в неврегульовану індивідуальну діяльність. Британський філософ і економіст Джон Стюарт Мілль був відповідальним за залучення цієї філософії до народного економічного використання в його Принципах політичної економії (1848), в яких він виклав аргументи за і проти діяльності уряду в економічних відносинах [125].

Популярність цієї філософії досягла свого піку близько 1870 року. Як зазначається у наукових джерелах, цей принцип знаходився в zenіті в XIX ст. та у перших десятиліттях XX ст. Однак, позиція змінилася протягом двадцятого століття. Дух *laissez-faire*, а разом з ним і доктрина договірної свободи, були зруйновані в таких важливих галузях договірного права, як оренда та купівля-продаж, перевезення товарів, і в сфері споживчого кредиту. Це поступове скасування свободи договору в окремих галузях вплинуло на позицію судів [126].

Бурхливий економічний і промисловий розвиток Англії, США і ряду континентальних європейських країн протягом усього XIX століття значно змінив картину економічного життя, яку Адам Сміт спостерігав наприкінці XVIII століття. Менш реалістичною стала економічна теорія досконалої конкуренції серед великих фірм і приватних підприємців. Зростання великих корпорацій створило величезні промислові монополії, які за рахунок свого масштабу набули значних переваг над дрібними виробниками, та які були здатні диктувати свої умови ринку. Більше того, договірна свобода, яка була основою принципу невтручання, поряд із вільною конкуренцією, використовувалася в антиконкурентних цілях та сприяла формуванню монополій. А монополізація економіки порушувала головну умову ефективності *laissez-faire*. Стверджується,

що свобода договору повинна бути обмежена, якщо вона призводить до обмеження конкуренції.

Поступово, *laissez-faire* втрачала популярність та підтримку. Величезну роль у дискредитації *laissez-faire* відіграли також економічні негаразди першої половини ХХ століття. Розширення кризи в економіці почали відчувати деякі країни відразу після закінчення Першої світової війни. На Заході мав місце широко поширений і стійкий процес, який в зарубіжній літературі часто називають «підйомом регулюючої держави» (*the rise of the regulatory state*) [127]. Ліберальна економічна модель поступово змінювалась на державний патерналізм, разом з цим значно обмежувалась економічна та договірна свобода.

Економіка нашої держави теж пройшла свій шлях тотального патерналізму. Проте зараз, в умовах європейської економічної інтеграції, набувають все більшого значення ті складові, на основі яких формується внутрішній ринок ЄС. А саме: створення внутрішнього економічного простору в рамках ЄС з метою реалізації свободи пересування товарів, осіб, послуг і капіталів шляхом усунення будь-яких бар'єрів для цього у відносинах між державами-членами; самі чотири економічні свободи, або принципи внутрішнього ринку: свобода пересування товарів, свобода пересування осіб, свобода надання послуг та свобода пересування капіталів [128, с. 192].

При цьому, держава все ж таки виконує патерналістську функцію, по-перше, у сферах із вираженим домінуванням публічного інтересу, та, по-друге, у кризових ситуаціях. Згадаймо, наприклад, обмежувальні заходи, спрямовані на запобігання виникненню і поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19). Тоді, щоб хоч якось полегшити негативні економічні наслідки від запровадження карантину, Верховна Рада України 17 березня 2020 року прийняла Закон України № 533-ІХ «Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законів України щодо підтримки платників податків на період здійснення заходів, спрямованих на запобігання виникненню і поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19)» [129], в якому, серед іншого, врегульовувалися питання виконання зобов'язань за споживчими кредитами. Надалі, 30 березня 2020 року, було

прийнято ще один спеціальний закон – Закон України № 540-IX «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних та економічних гарантій у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19)» [130], яким внесено зміни в регулювання процентної ставки за всіма кредитними договорами. Цими двома законами передбачалися такі пільги: звільнення від штрафних санкцій на період карантину та заборона збільшення процентної ставки.

Також, у зв'язку з введенням воєнного стану на території України, Верховною Радою України було ухвалено Закон України № 2120-IX «Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законодавчих актів України щодо дії норм на період дії воєнного стану» [131]. Закон передбачає, що у період дії воєнного, надзвичайного стану та в тридцятиденний строк після дня його припинення або скасування споживач звільняється від відповідальності перед кредитором у разі прострочення виконання зобов'язань за договором про споживчий кредит: споживач звільняється від обов'язку сплати кредитором неустойки (штрафу, пені) та інших платежів, сплата яких передбачена договором про споживчий кредит за прострочення виконання споживачем зобов'язань за таким договором; неустойка (штраф, пеня) та інші платежі, які нараховані після 24 лютого 2022 року сплата яких передбачена договором про споживчий кредит підлягають списанню; у разі невиконання зобов'язань за договором про споживчий кредит забороняється збільшення процентної ставки за користування кредитом, крім випадків, коли встановлення змінюваної процентної ставки передбачено кредитним договором чи договором про споживчий кредит; є правомірним з боку кредитора не скасовувати відсотки за користування кредитними коштами.

Також, Закон передбачає звільнення від відповідальності за прострочення позичальником виконання грошового зобов'язання за договором, відповідно до якого позичальнику було надано кредит (позику) банком або іншим кредитором (позикодавцем). Так, Господарський суд Черкаської області у справі № 925/489/22 [132] про стягнення заборгованості за договором про надання

поворотної фінансової допомоги списав інфляційні втрати та 3% річних на підставі зазначеного Закону. Між відповідачем та позивачем був укладений договір про надання поворотної фінансової допомоги, за умовами якого позикодавець надає позичальнику поворотну фінансову допомогу, а позичальник зобов'язується повернути надані грошові кошти в порядку та на умовах, передбачених договором. За правовою природою укладений договір є договором позики, який підпадає під правове регулювання статей 1046-1050 ЦК України. Враховуючи положення Закону України № 2120-IX «Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законодавчих актів України щодо дії норм на період дії воєнного стану», суд зазначив, що строк повернення позики настав до введення в Україні воєнного стану, а відповідно до наданих розрахунків, компенсація нарахована позивачем у відповідності до положень ч. 2 ст. 625 ЦК України, за період, визначений з наступного дня після настання строку повернення фінансової допомоги, до звернення позивача до суду із позовом 06.06.2022. Отже, мають місце нарахування і після 24.02.2022, які підлягають списанню.

Переходячи до обмежень свободи договору в господарському праві, слід зазначити, що єдиного підходу до класифікації обмежень договірної свободи в науковому середовищі не виділяється. Тож, завданням є саме систематизація існуючих видів обмежень за різними ознаками.

Почнемо із обмежень, які характеризуються сферою застосування – нормативні чи індивідуальні. Як пише В. В. Васильєв, відповідні обмеження можуть мати загальний характер, зокрема бути розрахованими на певну групу осіб чи ситуацій, або ж мати індивідуальний характер і стосуватися конкретної особи. Перший різновид обмежень, як правило, запроваджується законом або іншим нормативно-правовим актом, тоді як другий – актами індивідуальної дії, зокрема актами саморегулювання, рішенням суду тощо [133].

З огляду на це, науковець розглядає обмеження свободи у двох ракурсах: 1) установлення меж свободи договору законом і в такий спосіб обмеження обсягу цієї свободи; 2) подальше звуження такої свободи шляхом установлення на рівні

закону юридичних моделей індивідуального обмеження свободи договору, а тому і договірному саморегулюванню у конкретних правовідносинах за конкретних обставин унаслідок конкретних юридичних фактів або безпосереднє обмеження такої свободи положеннями актів цивільного законодавства [133].

За схожим принципом деяким вченими обмеження договірної свободи поділяються на загальні і спеціальні [134]. Перша група обмежень за цією класифікацією поширюється на всіх учасників договірних правовідносин незалежно від предмету договору чи особливостей їх економічного та правового становища тощо. Зазначається, що такі обмеження встановлюються виключно актами законодавства за допомогою правових заборон та позитивних зобов'язань. Спеціальні обмеження, за Г. В. Самойленко, встановлюються всередині сфери дозволеного, правові рамки якого окреслені загальними обмеженнями – за типами (видами, підвидами) договорів, суб'єктами, які укладають договір, способом укладення договору тощо. Зазначається, що на відміну від загальних обмежень вони встановлюються на рівні актів законодавства не тільки за допомогою правових заборон і позитивних зобов'язань, а й конкретних правових дозволів [134, с. 86].

У такому випадку, відмічає Г. В. Самойленко, має місце два рівня існування конфлікту прав. По-перше, мова йде про конфлікт права публічного та права приватного. Проблема існує на рівні закріплення та реалізації приватними особами дозволеного ступеня поведінки, суб'єктивного права, які співставляються з публічним інтересом – інтересом суспільства в цілому чи держави. Конфлікт другого рівня полягає в необхідності формування гармонічного співвідношення взаємних прав та обов'язків учасників конкретних договірних правовідносин. Вони в різних договірних конструкціях не однакові, що зумовлюється специфікою самих договорів [134, с. 86].

Ймовірно, що найвищий рівень такого конфлікту мав би виглядати як конфлікт двох регуляторів суспільних відносин – законодавчого акту та договору. У статті 6 ЦК України чітко визначено, як співвідносяться між собою акти

цивільного законодавства та договір. А І. В. Спасибо-Фатєєва називає це рівнями договірної свободи.

Перший рівень, пише авторка, є найбільш універсальним: сторони мають право укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним його засадам. На цьому рівні воля сторін – регулятор їхніх відносин. Другий рівень – середнього ступеня універсальності, за змістом якого сторони можуть урегулювати в договорі, який не передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, не врегульовані цими актами. Тим самим встановлюється підхід до формування джерела права для сторін за остаточним принципом – вони можуть доповнити відповідні законодавчі норми. І, нарешті, третій рівень містить три рівня заборон. По-перше, сторони не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах вказано про це; по-друге, якщо обов'язковість для сторін актів цивільного законодавства випливає з їх змісту; по-третє, якщо це випливає із суті відносин між сторонами [135, с. 62-63].

У цьому зв'язку доречно буде зазначити про узгодження саморегулювання та державного регулювання.

Як пише О. Кухарев, суть першої моделі полягає в тому, що сторони можуть скористатися наданою їм можливістю саморегулювання і обмежити коло умов договору лише ініціативними умовами. Це може мати місце, коли акти цивільного законодавства щодо типу (виду) договору, що уклали сторони, взагалі не передбачають кола обов'язкових умов, а також тоді, коли такі умови хоча і передбачені, але не містять прямого застереження про неможливість відступу від цих вимог [136, с. 25-26].

Суть другої моделі полягає в тому, що сторони можуть відмовитися від наданої їм можливості саморегулювання і погодитися на регулювання договірних відносин на підставі імперативних приписів, що містяться в актах цивільного законодавства щодо типу (виду) договору, укладеного ними [136, с. 26].

Однозначно погодитись з позицією автора щодо суті другої моделі як «права на відмову від саморегулювання», неможливо. Адже в такому випадку

державне регулювання сприймається виключно як функція, та не охоплює сферу, в якій державне регулювання є обов'язковим.

О. А. Беяневич в сфері господарювання виділяє формалізовані та неформалізовані обмеження договірної свободи, які існують у відповідних площинах. Це, по-перше, нормативно-правова площина, де обмеження об'єктивовані у нормах законодавства і існують у вигляді імперативних приписів (заборон або позитивних зобов'язувань). Їх правомірність можна спростувати лише у встановленому законодавством порядку [3, с. 122-123].

По-друге, обмеження існують у неформалізованому вигляді як певні загальні ідеї («правила чесної поведінки», «принципи гуманності та моралі» тощо), яких мають дотримуватися усі учасники господарських правовідносин. Тобто існують у позаюридичній площині [3, с. 123].

Водночас, як зазначає науковиця, не можна стверджувати, що імперативи знаходяться «на варті» лише інтересів держави або інтересів суспільства, адже вони мають за мету також захист приватного інтересу окремої особи (юридичної або фізичної) [3, с. 123].

У науковій літературі зустрічаються й інші підходи щодо класифікації обмежень договірної свободи. Так, В. М. Никифорак виділяє дві групи обмежень, а саме:

- 1) обмеження щодо укладення договору (як приклад наводяться законодавчі норми про покладення на особу обов'язку укласти договір в певних випадках, як-то, при укладенні таких договорів, як договір приєднання, за державним замовленням, публічного, типового та попереднього договору);
- 2) обмеження щодо виду, форми та змісту договорів [109, с. 105].

Перша група обмежень являє собою чітко визначені законом випадки, коли особа зобов'язана укласти договір. Такими, зокрема, є договір приєднання, публічний договір, типовий договір, попередній договір та договір на основі державного замовлення. Так, ГК України в статті 179 зазначається, що укладення господарського договору є обов'язковим для сторін, якщо він заснований на державному замовленні, виконання якого є обов'язком для суб'єкта

господарювання у випадках, передбачених законом, або існує пряма вказівка закону щодо обов'язковості укладення договору для певних категорій суб'єктів господарювання чи органів державної влади або органів місцевого самоврядування.

Стосовно публічного договору, то господарським законодавством чітко визначено, що суб'єкти господарювання, які забезпечують споживачів електроенергією, зв'язком, послугами залізничного та інших видів транспорту, а у випадках, передбачених законом, також інші суб'єкти зобов'язані укласти договори з усіма споживачами їхньої продукції (послуг). Законодавством можуть бути передбачені обов'язкові умови таких договорів.

Конструкція договору приєднання передбачає обмеження свободи договору щодо неможливості внесення будь-яких змін до самого договору, неможливості формулювання умов договору тощо. Незважаючи на це, договірна свобода все ж зберігається, хоч і в обмеженому вигляді.

В. М. Никифорак зазначає, що договори приєднання відомі не лише романо-германській правовій системі. В країнах англо-американської правової сім'ї договори приєднання отримали назву «продиктовані договори», відповідно до яких одна сторона (зазвичай монополіст у відповідній галузі) наказує свої умови контрагенту. В Англії, США та інших країнах вони називаються «договорами в стандартній формі» (standardform contracts) [109, с. 106]. Будучи розробленими однією стороною, умови такого договору можуть бути прийняті або відкинуті споживачем. Таким чином, останній (споживач) має формальне право відмовитися від укладення не вигідного для нього договору. Однак реалізація цього права ускладнена і практично неможлива, оскільки в силу економічної нерівності контрагент фактично не має можливості вибору і змушений нерідко погоджуватися на такі умови [109, с. 106].

Що стосується господарського договору на основі державного замовлення, то обмеженням свободи договору у цьому випадку є приписи частини 4 статті 183 ГК України. Відповідно до останньої ухилення від укладення договору за

державним замовленням є порушенням господарського законодавства і тягне за собою відповідальність, передбачену ГК України та іншими законами України.

Ще одним обмежувачем свободи договору є положення абзацу 4 частини 4 статті 179 ГК України. Зазначається, що 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.

Загалом, аналіз частини 4 статті 179 ГК України дозволяє виділити групи обмежень за такою ознакою, як рівність переговорних можливостей. Так, у господарських договорах на основі вільного волевиявлення сторони є рівними у своїх переговорних можливостях, а тому мають право погоджувати на свій розсуд будь-які умови договору, що не суперечать законодавству.

Асиметрія переговорних можливостей поступово збільшується з кожним наступним видом договору. Так, примірний договір, рекомендованого органом управління суб'єктам господарювання для використання при укладенні ними договорів передбачає право сторін за взаємною згодою змінювати окремі умови, передбачені примірним договором, або доповнювати його зміст.

Типовий договір, затверджений Кабінетом Міністрів України, чи у випадках, передбачених законом, іншим державним органом або органом державної влади, обмежує сторін у можливості відступати від змісту типового договору, але сторони мають право конкретизувати його умови. І за договором приєднання, що запропонований однією стороною для інших можливих суб'єктів, ці суб'єкти у разі вступу в договір не мають права наполягати на зміні його змісту.

З метою збалансування переговорних можливостей споживачів у міжнародному законодавстві, зокрема, законодавстві Європейського Союзу та держав-членів ЄС було розроблене поняття «несправедливі умови в договорах» (unfair term in contract) [109, с. 106]. Відповідно до ч.1 ст.3 Директиви Ради ЄС № 93/13/ЄЕС від 5 квітня 1993 року «Про несправедливі умови в договорах зі споживачами» умови договору, які не обговорювалися індивідуально, визнаються

несправедливими, якщо всупереч вимогам добросовісності вони призводять до значного дисбалансу щодо прав та обов'язків сторін, які випливають з договору, на шкоду споживачеві [109, с. 106].

Поняття «несправедливі умови в договорах» закріплюється також і у ст. 4.110 Принципів європейського договірного права. Відповідно до якої сторона може відмовитися від умови яка не була індивідуально погоджена, якщо всупереч вимогам добросовісності та чесної ділової практики, це спричиняє вона дисбаланс у правах та обов'язках сторін, які виникають за договором, завдають шкоди стороні, беручи до уваги природу майбутнього виконання договору, а також всі інші умови договору та обставини на час укладення договору [87].

Інші види обмежень називають В. Ладиченко та І. Кравцова. Автори вважають, що основним правовим засобом обмеження свободи договору є імперативні норми, які не дозволяють сторонам приймати самостійні рішення. До обмежень свободи договору вчені відносять обов'язковість укладення договору для певної сторони; заборони щодо укладення окремих видів договорів для визначених суб'єктів; обмеженість участі однієї із сторін у визначенні умов договору; утвердженість на рівні закону приписів щодо умов договору та інші. Вказані види обмежень вчені вірно узгоджують із державою та її впливом на договірні відносини. А під вертикальними обмеженнями науковці пропонують розуміти такі, які виникають на основі волі сторін, коли вони добровільно в укладеному правочині обмежують свої подальші дії [114, с. 165].

Окрему увагу слід приділити обмеженням свободи договору, які визначаються у «Принципах, Дефініціях і Модельних Правилах Європейського приватного права» (DCFR). Хоча останні можна віднести скоріше до «м'якого права». Ю. О. Расько [137], досліджуючи види обмежень свободи договору за законодавством ЄС, робить висновок, що ті обмеження договірної свободи, які містяться у Правилах відображають ліберальний європейський підхід, але при цьому обґрунтовують застосування таких обмежень. Наприклад, для гарантій справедливості, запобіганню дискримінації чи зловживанням домінуючим становищем. Звичайно, метою обмежень є також і захист прав та інтересів

споживачів, тобто економічно слабшого учасника. Та, найголовніше, для встановлення балансу суспільних та приватних інтересів.

Авторка детально зупиняється на кожному виді обмежень. Так, допустимими є обмеження щодо третіх осіб. За загальним правилом, сторони можуть укласти договір тільки щодо себе, якщо не передбачено інше. А сам договір може діяти доти, поки він не порушує прав третіх осіб.

Досить схожим є обмеження щодо шкоди третім особам та суспільству. Так, якщо вказане обмеження буде порушене та матиме місце шкода третім особам чи суспільству, то такий договір може бути визнаний недійсним, навіть якщо його уклали дві рівноправні сторони [137, с. 253]. Наводиться приклад, що у випадку порушення договором актів ЄС, антимонопольного національного законодавства, що призвело до суспільної шкоди, він має визнаватися недійсним. По суті, вказане корелюється із положенням цивільного законодавства щодо меж здійснення цивільних прав, зазначених у статті 13 ЦК України. Так, при здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довкіллю або культурній спадщині.

Наступним обмеженням відповідно до DCFR є неповна згода [137, с. 253]. Наприклад, коли сторона мала слабші позиції, згода була невільна або мала місце дезінформація.

DCFR забороняє також форми дискримінації за статтю, віком та іншими критеріями, перелік яких є відкритим і дозволяє державам-членам ЄС його розширювати у національному законодавстві [137, с. 253].

Слід зазначити, що такі обмеження є обмеженнями у виборі партнера договірних відносин. А Хартією основних прав ЄС [73] у статті 21 надається розширений перелік форм дискримінацій та включає, зокрема, будь-яку дискримінацію за ознаками статі, раси, кольору шкіри, етнічності або соціального походження, генетичних рис, мови, релігії або політичних чи інших переконань, належності до національних меншин, майнового положення, народження, інвалідності, віку або сексуальної орієнтації. Очевидно, що прямий вплив такого

широко сформульованого обмеження як заборона дискримінації має місце передусім у сфері публічного права, але не у приватному праві.

Недоречність виведення прямої горизонтальної дії (тобто у приватному праві) з норм про заборону дискримінації підкреслюється у статті 21 Хартії основних прав ЄС [73], що забороняють, зокрема, дискримінацію за майновою ознакою. Це пояснюється тим, що ринкова економіка, як мета ЄС, передбачає надання товарів і послуг за цінами, що визначаються ринковим співвідношенням пропозиції і попиту. У цьому процесі готовність кожного учасника ринку платити певну ціну не тільки відіграє важливу роль, але й значною мірою залежить від його особистих матеріальних можливостей. Положення про заборону дискримінації за майновою ознакою в приватному праві в умовах ринкової економіки буде неминуче перешкоджати конкурентному ціноутворенню. Конфлікт між заборонаю дискримінації та договірними цілями ринкової економіки тут очевидний.

Наступне обмеження стосується свободи приховування інформації на переддоговірних етапах [137, с. 254]. Авторка зауважує, що сторони мають отримати повну та достовірну інформацію для запобігання таких несправедливостей, як укладення договору під впливом помилки, шахрайства, примусу, експлуатації.

Насправді, це обмеження цікаво більш детально дослідити саме в рамках угод про злиття та поглинання. Адже в українських М&А угодах часто застосовується саме *common law*. В. Сергійчук зазначає, що це обумовлено, перш за все, особливостями механізмів, які можуть бути використані при здійсненні таких транзакцій: гарантії (*warranties*), відшкодування (*indemnities*), запевнення (*representations*), опціон на продаж (*put option*), опціон на покупку (*call option*), право супутнього продажу (*tag along right*), право примусу до спільного продажу (*drag along rights*) та багато інших. В цьому контексті дуже важливим процесом є розкриття інформації [138].

Гарантії (*warranties*), за англійським правом, це заяви, достовірність і правдивість яких гарантуються продавцем. Як правило, порушення продавцем

будь-якої гарантії, дає покупцеві право вимагати компенсацію і відшкодування збитків. Однак, покупець позбавляється такого права, коли щодо такої гарантії відбулося розкриття (disclosure) з боку продавця. Після проведення юридичного аудиту цільової компанії (due diligence), у продавців є остання можливість перед закриттям угоди мінімізувати свою відповідальність з певних проблемних питань шляхом розкриття інформації, яка суперечить наданим гарантіям покупцеві і не нести відповідальності за їх порушення [138].

Таким чином, резюмує авторка, розкриття є одним з найбільш важливих процесів, а лист про розкриття - одним з найважливіших документів в ході здійснення угод злиття і поглинання (M&A), оскільки надає продавцям можливість обмежити свою відповідальність за гарантіями, а покупцям - отримати додаткову інформацію про цільову компанію, а також ідентифікувати можливі проблемні питання та ризики [138].

Слід зазначити, що застосування warranties та indemnities поступово знаходить своє відображення і у національному законодавстві. Так, ЦК України було доповнено статтею 650¹, яка регулює запевнення щодо договору. Слід зазначити, що цивільне законодавство містить положення про правові наслідки введення в оману щодо істотних обставин. Однак, як зазначається у пояснювальній записці до проекту Закону України «Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні», дана норма: передбачає умисел (аналог fraudulent misrepresentations); не надає сторонам право самостійно визначити, які обставини для них істотні; стосується тільки правочинів щодо речей (предметів матеріального світу); зобов'язує суд визнати таку угоду недійсною і не дає сторонам права домовитися про інше заздалегідь; а тому вважається «мертвою», успішних кейсів за цією статтею практично немає.

Тож, 15.07.2021 року був прийнятий ЗУ «Про стимулювання розвитку цифрової економіки України» [139], який передбачає: можливість встановлення компенсації на користь сторони, яка покладалась на неправдиві запевнення; можливість зобов'язати сторону виплатити компенсацію в разі настання передбачених договором обставин, не пов'язаних з порушенням зобов'язань

(аналог indemnity); право суду зменшити компенсацію тільки в разі умисного або необережного сприяння постраждалої сторони збільшенню збитків або невжиття заходів щодо їх зменшення.

Продовжуючи класифікацію обмежень за DCFR, Ю. О. Расько називає ще такі види: обмеження задля гарантування безпеки, політичні обмеження свободи, обмеження, спрямовані на захист «вразливих» учасників (DCFR основний акцент робить на захисті такої уразливої групи як споживачі), обмеження свободи договору задля сприяння економічному добробуту (DCFR передбачає можливість обмеження свободи договору, якщо це потрібно для недопущення «провалів» на ринках (наприклад, через «нерівність» інформації, покращення конкуренції та кращого функціонування ринку) [137, с. 254].

Загалом, як зазначалося раніше, DCFR гарантує максимальну свободу в рамках ліберального європейського підходу, а існуючі обмеження повинні бути правомірними та справедливими.

Таким чином, розглядаючи свободу договору в контексті теорії суб'єктивних прав, ми стикаємось із обмеженнями відповідних правомочностей. Розглядаючи свободу договору як основу вільного ринку та господарського правопорядку, має місце втручання держави в економічні відносини суб'єктів господарювання. Обмеження договірної свободи можна поділити на загальні (нормативні) та індивідуальні. Обмеження першої групи запроваджуються законом або іншим нормативно-правовим актом, тоді як обмежувачами другої групи є акти індивідуальної дії (акти саморегулювання, рішенням суду тощо). Виділяються також формалізовані (існують як імперативні норми) та неформалізовані («правила чесної поведінки», «принципи гуманності та моралі» тощо) обмеження. В науковій літературі існують також обмеження щодо укладення договору та обмеження щодо виду, форми та змісту договорів.

Аналіз частини 4 статті 179 ГК України дозволяє виділити групи обмежень за такою ознакою, як рівність переговорних можливостей. Так, у господарських договорах на основі вільного волевиявлення сторони є рівними у своїх переговорних можливостях, а тому мають право погоджувати на свій розсуд будь-

які умови договору, що не суперечать законодавству. Асиметрія переговорних можливостей поступово збільшується з кожним наступним видом договору – примірний договір, типовий договір, договір приєднання.

2.3. Спонування до укладення та виконання господарського договору

Принципи свободи підприємницької діяльності, вільного волевиявлення, диспозитивності поведінки учасників договірних правовідносин, що відповідають умовам ринкової економіки, без сумніву, передбачають сферу вільних дій.

Однак, існують ситуації, коли законом встановлений обов'язок щодо укладення певного договору, проте одна із сторін недобросовісно ухиляється від нього. Такий правовий інститут відомий як спонування до укладення договору. Саме спори щодо небажання укласти стороною договір представляють особливу цікавість в рамках цього дослідження.

У ГК України цьому присвячено окрему статтю щодо укладання господарських договорів за рішенням суду. Так, зазначається, що спори, які виникають при укладанні господарських договорів за державним замовленням, або договорів, укладення яких є обов'язковим на підставі закону та в інших випадках, встановлених законом, розглядаються судом. Інші переддоговірні спори можуть бути предметом розгляду суду у разі якщо це передбачено угодою сторін або якщо сторони зобов'язані укласти певний господарський договір на підставі укладеного між ними попереднього договору.

Системний аналіз господарського та цивільного законодавства дозволяє виділити такі спори: щодо договору на основі державного замовлення (статті 183, 187 ГК України); щодо договорів, обов'язковість укладення яких передбачається законом. Насамперед, це публічні договори (частина 4 статті 633 ЦК України), договори із енергопостачання та постачання інших ресурсів, договори за участю монополістів, договори за результатами торгів, аукціону, конкурсу, тендеру.

Існують також інші випадки, коли можна передати спір на розгляд суду в процесі відмови чи ухилення від укладення договору. Наприклад, частина 1 статті 649 ЦК України передбачає, що судом можуть вирішуватися розбіжності, які виникли між сторонами при укладенні договору на підставі правового акту органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим, органу місцевого самоврядування та в інших випадках.

Також ГК України в статті 182 передбачає право вимагати укладення договору в судовому порядку, якщо між сторонами спору було укладено попередній договір і одна зі сторін ухиляється від укладення основного договору.

За своєю правовою природою зобов'язання укласти господарський договір є скоріше способом захисту, ніж обмеженням свободи договору. Адже ГК України у статті 20 визначає способи захисту прав і законних інтересів суб'єктів господарювання та споживачів, зокрема і шляхом установлення, зміни і припинення господарських правовідносин. Враховуючи, що однією з підстав виникнення цивільних прав та обов'язків відповідно до статті 11 ЦК України є договори та інші правочини, то вказаний спосіб захисту опосередковує позовні вимоги щодо зобов'язання укласти договір. Слід зазначити, що такий спосіб захисту притаманний лише господарському праву. Разом з цим, цей правовий інститут є тим господарсько-правовим інструментом на переддоговірній стадії, що дозволяє забезпечити правовий господарський порядок з одночасним урахуванням інтересів усіх учасників у сфері господарювання.

Щодо належності та ефективності такого способу захисту Верховний Суд зазначив таке. 2 червня 2021 року Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного господарського суду у справі № 910/6139/20 [140] скасував рішення попередніх судів, які визнали спосіб захисту права неналежним. Південна філія ДП «АМПУ» звернулась до суду з позовом до Морської адміністрації про спонукання укласти договір про відшкодування витрат за надані послуги (в запропонованій позивачем редакції).

На думку судів попередніх інстанцій, сформульована позивачем вимога «спонукати укласти договір» не є ефективною та не призведе до захисту

порушеного права. Належним же способом захисту у даному випадку є вимога про визнання договору укладеним, а позивач такої вимоги не заявляв.

Розглянувши касаційну скаргу позивача, Верховний Суд вказав, що ключовим питанням спору стало питання чи є належним такий спосіб захисту як спонукання до укладення договору за умови, що текст такого договору наведений у прохальній частині позовної заяви.

Верховний Суд констатував, що визнання договору укладеним з викладенням його змісту у резолютивній частині судового рішення як один із способів установлення господарських правовідносин, відповідно до абзацу 11 частини 2 статті 20 ГК України є належним способом захисту прав суб'єктів господарювання.

Крім того, у постанові об'єднаної палати Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 18 вересня 2020 року у справі № 916/1423/18 [141] було сформульовано правову позицію, згідно з якою «зобов'язання укласти договір у певній редакції» є письмовим волевиявленням позивача щодо вступу у зобов'язальні правовідносини шляхом укладення такого договору за рішенням суду про укладення договору відповідно до статті 187 ГК України.

Таким чином, вимогу у вигляді зобов'язання укласти договір у визначеній позивачем редакції слід розуміти як вимогу про визнання укладеним такого договору в судовому порядку у визначеній позивачем редакції. Такий спосіб не суперечить способам захисту, передбаченими у пункті 1 частини 2 статті 16 ЦК України, а також відповідає способам захисту, передбаченими статтею 20 ГК України.

Ухвалюючи рішення у спорі, що виник при укладанні або зміні договору, суд, відповідно до частини 9 статті 238 ГПК України, в резолютивній частині вказує рішення по кожній спірній умові договору, а у спорі про спонукання укласти договір - умови, на яких сторони зобов'язані укласти договір, з посиланням на поданий позивачем проект договору.

А у справі № 910/6138/20 Верховний Суд у постанові від 25 травня 2021 року [142] дійшов висновку про тотожність слів «спонукати» і «зобов'язати», а отже

вказаний спосіб захисту, як зазначалося вище, відповідає вимогам частини 2 статті 16 ЦК України та частини 2 статті 20 ГК України. Суд пояснює, що зобов'язання чи спонукання укласти договір у запропонованій позивачем редакції, з посиланням на статтю 187 ГК України, означає звернення позивача про вступ у певні правовідносини - про визнання укладеним за рішенням суду договору в редакції, наданій позивачем, що відповідає вимогам частини другої статті 16 ЦК України та частини другої статті 20 ГК України і не вимагає зміни способу захисту цивільного права позивача згідно зі статтею 5 ГПК України.

В іншій справі № 916/1423/18 [143] Верховний Суд у постанові від 18.09.2020 наголосив лише на граматичній та/або стилістичній різниці між формулюваннями «спонукати» та «зобов'язати». Тож, незважаючи на формулювання, суть позовних вимог є чіткою, зрозумілою та дає змогу захистити порушене право. Інше тлумачення є надмірним формалізмом та штучним звуженням існуючих способів захисту порушеного права, які самі по собі не є і не можуть бути вичерпно і детально сформульовані законом.

Крім того, важливим моментом є встановлення судом наявності у відповідача обов'язку (в силу закону чи правочину) укласти договір, проте він ухиляється від виконання такого обов'язку. Про це зазначив Верховний Суд у складі колегії Касаційного господарського суду у справі № 910/11503/18 [144]. Предметом первісного позову у цій справі є спонукання укласти додаткову угоду до Інвестиційного договору в редакції Університету. Однак, законодавцем прямо не встановлений обов'язок укласти таку додаткову угоду. А відтак її укладення повинне відбуватися на загальних підставах, з урахуванням принципу свободи договору. Така правова позиція викладена також у постанові Верховного Суду від 04.12.2018 у справі № 910/18478/17 [145] та у постанові Об'єднаної палати Верховного Суду від 26.10.2018 у справі № 910/15590/17 [146].

На прямому законодавчому обов'язку укласти договір, в тому числі додаткову угоду, наголошується і у справі № 910/18478/17. Предметом спору є визнання укладеною додаткової угоди до договору купівлі-продажу природного газу.

Рішенням місцевого господарського суду [147], залишеним без змін постановою суду апеляційної інстанції, у позові відмовлено. Зазначено, що суд вправі задовольнити позов про спонукання укласти договір лише в разі, якщо встановить, що існує правовідношення, в силу якого сторони зобов'язані укласти договір, але одна із сторін ухилилася від цього. При цьому у справі має бути доведено наявність відповідного правовідношення, а саме – прямого законодавчого обов'язку відповідача щодо укладення договору.

У цій справі відповідач в силу приписів Постанови КМУ від 01.10.2015 № 758 «Про затвердження Положення про покладення спеціальних обов'язків на суб'єктів ринку природного газу для забезпечення загальносуспільних інтересів у процесі функціонування ринку природного газу (відносини у перехідний період)» наділений спеціальними обов'язками з постачання природного газу. Але цей обов'язок розповсюджується лише на певну категорії споживачів (побутові споживачі, релігійні організації, бюджетні установи). Верховний Суд наголошує, що для всіх інших категорій споживачів діють ринкові механізми співпраці з постачальниками природного газу.

Отже, резюмує Суд, прямий законодавчо встановлений обов'язок для відповідача з укладення такої додаткової угоди відсутній. Відтак її укладення повинно відбуватися на загальних підставах, з урахуванням принципу свободи договору, про що правильно зазначили суди попередніх інстанцій.

Однак важко уявити собі законодавче закріплення обов'язку укладення додаткової угоди. Адже остання не є самостійним правочином, завжди укладається до вже існуючого договору, та має на меті зміну тих правовідносин, що ним опосередковані. Так, за загальним правилом, зміна договору допускається лише за згодою сторін. Але стаття 651 ЦК України передбачає такі підстави-винятки із загального правила, а саме: зміна на підставі рішення суду – на вимогу однієї зі сторін у разі істотного порушення договору другою стороною. Порушення є істотним, якщо внаслідок завданої ним шкоди друга сторона значною мірою позбавляється того, на що вона розраховувала при укладенні договору. Або ж в інших випадках, передбачених договором або законом.

ГК України у статті 188 також говорить, що одностороння зміна договору не допускається. Однак у разі якщо сторони не досягли згоди щодо зміни договору або у разі неодержання відповіді на пропозицію змінити договір у встановлений строк з урахуванням часу поштового обігу, заінтересована сторона має право передати спір на вирішення суду.

При цьому таке право не ще не означає, що суд визнає договір укладеним без передбаченого договору чи законом обов'язку на укладення такого договору. Про це зазначив Верховний Суд у складі колегії Касаційного господарського суду у справі № 922/2743/18 [148].

Суд вбачає неправильними висновки судів попередніх інстанцій про те, що положення частини 4 статті 188 ГК України передбачають можливість суду здійснити втручання в договірні правовідносини сторін відповідно до п.6 ч.1 ст.3, п.6 ч.2 ст.16 ЦК України. Суд також визнав помилковими висновки про зловживання відповідачем правом свободи укладення договорів, найбільш ефективним способом захисту законних інтересів позивача проти чого є примусова зміна договору. Оскільки, зазначає Суд, свобода договору є загальною засадою цивільного законодавства і ніхто не може бути зобов'язаний укласти договір без законодавчо встановлених підстав для цього.

При цьому, згідно із статтею 188 ГК України, сторона господарського договору, яка вважає за необхідне змінити договір (а не лише у разі істотного порушення договору, як це передбачено у ЦК України), повинна надіслати пропозиції про це другій стороні за договором. Розгляд пропозиції відбувається у двадцятиденний строк після одержання такої пропозиції. У разі якщо сторони не досягли згоди щодо зміни договору або у разі неодержання відповіді у встановлений строк з урахуванням часу поштового обігу, заінтересована сторона має право звернутися до суду. Якщо судовим рішенням договір змінено, договір вважається зміненим з дня набрання чинності даним рішенням, якщо іншого строку набрання чинності не встановлено за рішенням суду.

Тут важливо зазначити, що до 16.08.2020 у статті 181 ГК України було чітко регламентовано порядок укладання господарського договору. Визначався навіть

спрощений спосіб шляхом обміну листами, або ж шляхом підтвердження прийняття до виконання. Ця процедура включала також підготовку та направлення проекту договору у двох примірниках. Надавався двадцятиденний строк для прийняття пропозицій щодо запропонованого тексту договору або ж для підготовки заперечень щодо окремих умов та інше. Така норма була занадто формалізованою, тому чинна редакція обмежується загальним порядком, зазначеним у ЦК України, з урахуванням особливостей, визначених ГК України.

Водночас стаття 188 ГК України чомусь досі зберігає порядок внесення змін до господарського договору, зокрема, мова йде про двадцятиденний строк для надання відповіді на пропозицію внести зміни до договору.

З цього приводу ВП ВС у справі № 910/2861/18 [149] зазначив, що положення частини 4 статті 188 ГК України є матеріально-правовими за своєю природою, а не процесуальними. Звідси, передбачена процедура не відноситься до випадків обов'язкового досудового врегулювання спору в розумінні частини третьої статті 124 Конституції України.

Тобто відсутність позасудового врегулювання спору не позбавляє сторону спору права на зміну чи припинення договору у суді в силу прямої вказівки, що міститься у частині 2 статті 651 ЦК України. Така правова позиція відповідає висновкам, викладеним у постанові Великої Палати Верховного Суду від 12 лютого 2019 року у справі № 914/2649/17 [150], підстави для відступу від яких відсутні.

З огляду на таке, доречним було б «прибрати» цей надмірний формалізм і зі статті 188 ГК України саме в частині, що передбачає порядок надання пропозицій щодо зміни чи розірвання господарського договору. Адже на практиці ця норма застосовується лише як складова процедури звернення до суду. Фактично досудове врегулювання спору, що є метою цієї норми, не відбувається. Вказана процедура помилково «прив'язує» нас до наявності чи відсутності спору між сторонами. Умовно, якщо сторона не надсилала пропозиції щодо внесення змін у договір, то спір між сторонами щодо таких змін не виникав. А з огляду на те, що єдиною правовою підставою розгляду змін до правочину може бути лише наявність спору між сторонами, то недотримання зазначеного порядку спричиняє наслідки у

вигляді повернення позовної заяви відповідно до приписів пункту 6 частини п'ятої статті 174 ГПК України.

Крім зазначених підстав для спонукання до укладення договору за рішенням суду (укладення договору необхідне у сфері публічних закупівель; обов'язковість укладення договору прямо передбачена законом та інші), можна також виділити як підставу до спонукання, коли обов'язок укласти договір впливає з попереднього договору. Розповсюджені також випадки, коли укладення договору передбачається умовами іншого договору або ж впливає з умов мирової угоди, затвердженої судом.

Так, у статті 187 ГК України зазначається, що переддоговірні спори можуть бути предметом розгляду суду у разі якщо це передбачено угодою сторін або якщо сторони зобов'язані укласти певний господарський договір на підставі укладеного між ними попереднього договору. Розглядаючи цю норму у взаємозв'язку із частиною 3 статті 182 ГК України, сторона має вимагати укладення основного договору в судовому порядку у разі, якщо інша сторона, яка уклала попередній договір, одержавши проект договору, ухиляється від укладення основного договору. Тобто ГК України передбачає такий вид судового захисту як спонукання до укладення господарського договору на підставі попереднього договору, або ж якщо це передбачено угодою сторін.

Водночас в частині 2 статті 635 ЦК України міститься норма, в якій передбачено вичерпний перелік правових наслідків порушення попереднього договору, який обмежується лише застосуванням такого засобу судового захисту як відшкодування збитків. Інші правові наслідки, зокрема спонукання до укладення основного договору в судовому порядку, виконання обов'язку в натурі чи виникнення основного договірної зобов'язання не передбачені [151].

Важливого значення набуває також і питання визначення форми господарського договору, що укладається за рішенням суду. За загальним правилом, господарський договір укладається в порядку, встановленому ЦК України. Відповідно до якого договір може бути укладений у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом (частина 1 статті 639).

Статтею 187 ГК України регулюється лише момент укладання договору, а не форма господарського договору.

Вищий господарський суд України в Інформаційному листі від 07.04.2008 № 01-8/211 [152] відповів на питання щодо того, як слід зазначити у резолютивній частині рішення про спонукання укласти договір при задоволенні позовних вимог: «Зобов'язати укласти договір» чи «Договір № ... від ... вважати укладеним з моменту набрання чинності рішенням суду»?

Відповідаючи на це питання, необхідно зазначити, що відповідно до чинної статті 238 ГПК України, суд при вирішенні спору про спонукання укласти договір у резолютивній частині рішення, у разі задоволення позовних вимог, зазначає умови, на яких сторони зобов'язані укласти договір, з посиланням на поданий позивачем проект договору. Відповідно до цього, саме рішення суду і є договором.

Судовій практиці, окрім спонукання до укладення договору, відомий також інститут спонукання до виконання господарського договору. Згідно з пунктом 5 частини 2 статті 16 ЦК України та абзацу 6 частини 2 статті 20 ГК України одним із способів захисту цивільних прав та інтересів є примусове виконання обов'язку в натурі. За аналогією до попереднього способу захисту, суд має право спонукати до виконання умов договору, якщо встановить, що особа в силу закону зобов'язана виконати такий обов'язок, але ухиляється від цього.

Як зазначає О. В. Дзера, цей спосіб застосовується у тих випадках, коли відповідач зобов'язаний був вчинити певні дії стосовно позивача, але відмовився або уникає можливості виконати свій обов'язок. Тобто цей спосіб захисту застосовується за наявності зобов'язальних правовідносин між позивачем та відповідачем. Він може мати місце при невиконанні обов'язку сплатити кошти за виконану роботу (за договором підряду), передати річ кредитору (за договорами купівлі-продажу, міни, поставки, дарування з обов'язком передати річ у майбутньому), виконати роботи чи надати послуги (за договорами про виконання робіт та надання послуг) [153, с. 40].

Окрему увагу слід приділити спонуканню до виконання мирової угоди, затвердженої судом, адже вона не є договором у господарсько-правовому розумінні.

Так, наприклад, вирішуючи спір у господарській справі про спонукання до виконання мирової угоди, ВП ВС у справі № 916/661/20 [154] наголосила на таких відмінностях мирової угоди від звичайного договору: мирова угода укладається в процесі розгляду справи у господарському суді у формі та на умовах, передбачених процесуальним законодавством; підлягає затвердженню господарським судом; припиняє процесуально-правові відносини сторін; якщо мирова угода не виконується добровільно, вона виконується в порядку, встановленому для виконання судового рішення.

Мирова угода, укладена у справах позовного провадження, не є договором у цивільному/господарському-правовому розумінні, оскільки порядок її укладення та затвердження регламентовано положеннями ГПК України, проте вона має на меті припинення спору на умовах, погоджених сторонами та затверджених судом. Наведений правовий висновок викладено у постановках Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 24 квітня 2018 року у справі № 904/8731/17 [153] та від 21 травня 2019 року у справі № 916/2889/13 [156].

Крім того, ВП ВС у справі № 916/661/20 [154] наголосила, що затвердження мирової угоди не тягне за собою нових або додаткових зобов'язань, проте змінюється строк виконання зобов'язань за раніше укладеними правочинами між боржником та його кредитором або їх розмір.

Свого часу Вищий господарський суд України у справі № 920/1515/15 [157] визначив правову природу мирової угоди як договір, який укладається сторонами з метою припинення спору, на умовах, погоджених сторонами. Суд зазначив, що мирова угода не приводить до вирішення спору по суті. Сторони не вирішують спору, не здійснюють правосуддя, що є прерогативою судової влади, а, досягнувши угоди між собою, припиняють спір. Мирова угода ґрунтується на взаємовигідних для обох сторін умовах, вона, як правило, виконується добровільно. В іншому разі,

мирова угода, затверджена судом, може бути підставою для примусового виконання.

Відповідно до абзацу 9 пункту 3.19 постанови Пленуму Вищого господарського суду України № 18 від 26.12.2011 «Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої інстанції» (редакція від 14.07.2016) [158] у разі ухилення однієї зі сторін від виконання мирової угоди після закінчення строку (настання терміну) виконання нею своїх обов'язків за цією угодою:

- якщо ухвала господарського суду про затвердження мирової угоди відповідає вимогам ст. 18 Закону України «Про виконавче провадження», то вона є виконавчим документом у розумінні п. 2 ч. 2 ст. 17 названого Закону і підлягає виконанню державною виконавчою службою; тому за наявності зазначеної умови позовна заява про спонукання до виконання мирової угоди не підлягає розгляду в господарських судах;

- якщо ж ухвала суду про затвердження мирової угоди не містить усіх даних, зазначених у ст. 18 названого Закону, то така ухвала не має статусу виконавчого документа, і інша сторона у справі не позбавлена права звернутися з позовом про спонукання до виконання мирової угоди, у випадку задоволення якого господарський суд видає наказ. Відповідний позов може мати як майновий, так і немайновий характер у залежності від змісту умов мирової угоди.

Верховний Суд у складі Касаційного господарського суду у справі № 911/1070/20 [159] також підтвердив зазначену позицію. У разі ухилення однієї зі сторін від виконання мирової угоди після закінчення строку (настання терміну) виконання нею своїх обов'язків за цією угодою: якщо ухвала господарського суду про затвердження мирової угоди відповідає вимогам Закону України «Про виконавче провадження», то вона є виконавчим документом і підлягає виконанню виконавчою службою. У таких випадках, позовна заява про спонукання до виконання мирової угоди не підлягає розгляду в господарських судах. Якщо ж ухвала суду про затвердження мирової угоди не відповідає вимогам до виконавчого документа, і відповідно - не має статусу виконавчого документа (як у цій справі

постанова апеляційного суду), то сторона у справі не позбавлена права звернутися з позовом про спонукання до виконання мирової угоди, у випадку задоволення якого, господарський суд видає наказ.

Таким чином, спонукання до укладення господарського договору характеризується наявністю стороннього фактору примусу в конкретних правовідносинах та не залежить від волі самих суб'єктів господарювання. При цьому, примус застосовується у випадку добровільного невиконання передбаченого законом чи договором обов'язку. Вказаний спосіб захисту застосовується: щодо договору на основі державного замовлення (статті 183, 187 ГК України); щодо договорів, обов'язковість укладення яких передбачається законом. Насамперед, це публічні договори (частина 4 статті 633 ЦК України), договори із енергопостачання та постачання інших ресурсів, договори за участю монополістів, договори за результатами торгів, аукціону, конкурсу, тендеру.

Існують також інші випадки, коли можна передати спір на розгляд суду в процесі відмови чи ухилення від укладення договору. Наприклад, частина 1 статті 649 ЦК України передбачає, що судом можуть вирішуватися розбіжності, які виникли між сторонами при укладенні договору на підставі правового акту органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим, органу місцевого самоврядування та в інших випадках. Також ГК України в статті 182 передбачає право вимагати укладення договору в судовому порядку, якщо між сторонами спору було укладено попередній договір і одна зі сторін ухиляється від укладення основного договору.

РОЗДІЛ 3

ОБМЕЖЕННЯ СВОБОДИ ДОГОВОРУ В ОКРЕМИХ ПУБЛІЧНИХ ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ

3.1. Обмеження принципу свободи договору в сфері надання банківських послуг

Продовжуючи тезу, викладену у попередньому розділі, щодо обмеження договірної свободи через інститут спонукання до укладення договору, слід зазначити таке. В ринкових умовах договори повинні укладатися, як правило, на основі вільного волевиявлення сторін, а тому перелік випадків, коли можливе укладання господарських договорів за рішенням суду, обмежений. Так, відповідно до статті 187 ГК України укладання господарських договорів за рішенням суду відбувається у разі, якщо: а) договір укладається за державним замовленням, прийняття якого є обов'язковим для відповідного суб'єкта господарювання (стаття 183 ГК України), або б) існує публічне зобов'язання суб'єкта господарювання (стаття 178 ГК України, частина 6 статті 179 ГК України), або в) укладався попередній договір, і одна з його сторін ухиляється від укладення основного договору (стаття 182 ГК України), або г) наявна згода обох сторін на розгляд спору судом. Публічні зобов'язання суб'єкта господарювання є одним з видів господарських зобов'язань. Статтею 178 ГК України наводиться зміст такого зобов'язання. Так, суб'єкт господарювання, який відповідно до закону та своїх установчих документів зобов'язаний здійснювати виконання робіт, надання послуг або продаж товарів кожному, хто до нього звертається на законних підставах, не має права відмовити у виконанні робіт, наданні послуг, продажу товару за наявності у нього такої можливості або надавати перевагу одному споживачеві перед іншими, крім випадків, передбачених законодавством.

Вказане кореспондує із частиною 3 статті 179 ГК України, яка визначає загальні умови укладання договорів, що породжують господарські зобов'язання. Так, укладення господарського договору є обов'язковим для сторін, якщо він

заснований на державному замовленні, виконання якого є обов'язком для суб'єкта господарювання у випадках, передбачених законом, або існує пряма вказівка закону щодо обов'язковості укладення договору для певних категорій суб'єктів господарювання чи органів державної влади або органів місцевого самоврядування.

Вочевидь, публічні зобов'язання суб'єкта господарювання, які є різновидом господарських зобов'язань, виникають в силу (на підставі) приписів закону та установчих документів. Разом з цим, банківські послуги, платіжні послуги (навіть разові) надаються виключно на підставі договору. З огляду на це, доречно розрізняти договір як обов'язковий інструмент, який опосередковує правовідносини, що склалися на виконання вимог закону (публічні зобов'язання). Та договір як підставу виникнення господарсько-договірного зобов'язання.

Банківський сектор на макрорівні виступає інституційною системою грошово-кредитного регулювання ринкової економіки. Водночас грошово-кредитна політика не може формуватися та функціонувати до та поза мікроекономічних показників. Як справедливо наголошує Т. С. Гудіма, детально зупиняючись на принципах формування грошово-кредитної політики держави, під час реалізації останньої необхідно виходити з інтересів людини і суспільства. Економіка не повинна і не може розвиватися поза інтересами особистого і суспільного споживання [99, с. 44]. Такий баланс простежується у нормативному закріпленні правового господарського порядку в Україні, який, відповідно частини 1 статті 5 Господарського кодексу України, формується на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів.

Тож колективом авторів роботи «Концептуальні аспекти формування правової моделі сталого розвитку України» обґрунтовано зазначається, що на відміну від Концепції оновлення Цивільного кодексу України, у Концепції модернізації господарського законодавства України наголошено на доцільності дотримання балансу публічних та приватних засад у правовому регулюванні економічних відносин [160, с. 10].

Водночас, як слушно зазначають автори роботи «Перспективи модернізації господарського законодавства України у контексті концепції сталого розвитку», правовий господарський порядок, згаданий у ст. 5 Господарського кодексу України, має стати практичним комплексним механізмом реалізації державної політики у сфері економіки, змістовно охоплювати не лише конституційно-правові принципи, що містяться у змісті зазначеної правової норми, але і міжгалузеві (згадані у тексті Господарського кодексу України), галузеві (науки господарського права) правові принципи та принципи сталого розвитку [161, с. 7].

При цьому свобода договору має розглядатися як передумова економічного порядку. Вона може бути обмеженою лише за умови збереження досконалої конкуренції. Свобода договору, в основному, має місце в розвинених країнах, але посилення законодавчого регулювання, наприклад, на фінансових ринках і ринках праці, обмежує забезпечення цього принципу. Це пояснюється необхідністю нівелювання таких побічних ефектів грошово-кредитної політики, як невинуватене зростання кредитування, «бульбашки» на ринку нерухомості, зниження номінальної заробітної плати і нестабільна зайнятість для населення [99, с. 31].

Конституційний Суд України у рішенні № 15-рп/2011 від 10.11.2011 (справа про захист прав споживачів кредитних послуг) [162] також наголошує на тому, що держава, встановлюючи законами України засади створення і функціонування грошового та кредитного ринків (пункт 1 частини другої статті 92 Конституції України) має підтримувати на засадах пропорційності розумний баланс між публічним інтересом ефективного перерозподілу грошових накопичень, комерційними інтересами банків щодо отримання справедливого прибутку від кредитування і охоронюваними законом правами та інтересами споживачів їх кредитних послуг.

Текстуальне тлумачення частини 1 статті 47 Закону України «Про банки і банківську діяльність» [163] дозволяє дійти висновку, що банківські послуги це підвид фінансових послуг, які надаються банком. У цій статті також наводиться вичерпний перелік банківських послуг, які становлять предмет відповідних договорів: договір банківського вкладу (ст. 1058 ЦК України); договір банківського

рахунка (ст. 1066 ЦК України), договір рахунка умовного зберігання (ескроу) (ст. 1076-1 ЦК України); кредитний договір (ст. 1054 ЦК України).

Також це підтверджується бланкетною нормою Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» [164]. А саме у статті 4 цього Закону вказано, що до фінансових послуг відносяться, зокрема, і банківські послуги, що надаються відповідно до Закону України «Про банки і банківську діяльність».

При цьому розмежувальним фактором банківських та фінансових послуг є суб'єкт надання послуг. Так, банківські послуги дозволяється надавати виключно банку.

В цьому контексті слід згадати також і про платіжні послуги. Адже надавачами таких послуг можуть бути також і банківські установи. До прийняття Закону України «Про платіжні послуги» [168] національному законодавству був відомий лише один різновид платіжної послуги. Так, у статті 4 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» (в редакції від 11.02.2022) зазначалося, що однією з фінансових послуг є переказ коштів, що являє собою рух певної суми коштів з метою її зарахування на рахунок отримувача або видачі йому у готівковій формі. Після 01.08.2022 вказана стаття замінила «переказ коштів» на «фінансові платіжні послуги».

Такі нормативні та регуляторні зміни в законодавстві відбуваються відповідно до взятих Україною зобов'язань щодо поступової адаптації національного законодавства до *acquis* ЄС, відповідно до Угоди про асоціацію між Україною та ЄС [165]. Зокрема, щодо впровадження Директиви (ЄС) 2015/2366 [166] та Директиви (ЄС) 2009/110/ЄС [167]. Ці акти визначають платіжні послуги як господарську діяльність, яка провадиться фінансовими, кредитними установами, установами електронних грошей та ін. Така діяльність потребує окремого правового регулювання, що набуває важливого значення в умовах скасування ГК України.

На виконання положень зазначених актів, 30.06.2021 ВРУ було прийнято вже згаданий вище Закон України «Про платіжні послуги». Вказаний Закон, хоча і

вводиться в дію лише з 01.08.2022, проте вносить зміни до багатьох нормативно-правових актів, аналіз яких складає предмет цього дослідження. Цим Законом запроваджується 9 видів платіжних послуг (фінансових та нефінансових):

1) послуги із зарахування готівкових коштів на рахунки користувачів, а також усі послуги, що стосуються відкриття, обслуговування та закриття рахунків (крім електронних гаманців);

2) послуги із зняття готівкових коштів з рахунків користувачів, а також усі послуги щодо відкриття, обслуговування та закриття рахунків (крім електронних гаманців);

3) послуги з виконання платіжних операцій із власними коштами користувача з рахунку/на рахунок користувача (крім платіжних операцій з електронними грошима), у тому числі:

а) виконання кредитового переказу;

б) виконання дебетового переказу;

в) виконання іншої платіжної операції, у тому числі з використанням платіжних інструментів;

4) послуги з виконання платіжних операцій з рахунку/на рахунок користувача (крім платіжних операцій з електронними грошима), за умови що кошти для виконання платіжної операції надаються користувачу надавачем платіжних послуг на умовах кредиту, у тому числі:

а) виконання кредитового переказу;

б) виконання дебетового переказу;

в) виконання іншої платіжної операції, у тому числі з використанням платіжних інструментів;

5) послуги з емісії платіжних інструментів та/або здійснення еквайрингу платіжних інструментів;

б) послуги з переказу коштів без відкриття рахунку;

7) послуги з випуску електронних грошей та виконання платіжних операцій з ними, у тому числі відкриття та обслуговування електронних гаманців.

До нефінансових платіжних послуг належать:

- 1) послуги з ініціювання платіжної операції;
- 2) послуги з надання відомостей з рахунків.

Слід зазначити, що Законом України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» банківські та фінансові платіжні послуги відносяться до окремих видів фінансових послуг.

Разом з цим, згідно із Законом України «Про платіжні послуги», надавачем платіжних послуг може бути банк та інша установа, що не має такого статусу (небанківський надавач платіжних послуг). Фінансові платіжні послуги включають, зокрема, операції з відкриття, обслуговування та закриття рахунків, які відкриваються на виконання умов договорів банківського рахунку, банківського вкладу, рахунку умовного зберігання (ескроу). Тож, пропонується розглядати і банківські послуги, і фінансові платіжні послуги у взаємозв'язку, а не ізольовано.

З метою встановлення порядку відкриття та закриття рахунків користувачам надавачами платіжних послуг з обслуговування рахунків Правління НБУ 29.07.2022 року постановило затвердити Інструкцію про порядок відкриття та закриття рахунків користувачам надавачами платіжних послуг з обслуговування рахунків [169].

Законом України «Про платіжні послуги» визначається, що фінансові платіжні послуги з виконання та/або супроводження платіжних операцій опосередковуються договором про надання платіжних послуг. Так, частиною 1 статті 29 Закону встановлено, що надання платіжних послуг (у тому числі виконання окремих або разових платіжних операцій, відкриття та обслуговування рахунків тощо) здійснюється на підставі договору, що укладається між надавачем платіжних послуг та користувачем відповідно до вимог законодавства, на узгоджених сторонами умовах.

Очевидно, що договір про надання платіжних послуг є узагальнюючим поняттям, що конкретизується з урахуванням відповідної платіжної послуги та надавача (банківського чи небанківського) такої послуги. Таким же узагальнюючим поняттям оперує і Закон України «Про фінансові послуги і державне регулювання ринків фінансових послуг», називаючи договір про надання

фінансових послуг, одним із видів яких є банківські послуги. Так, статтею 6 цього Закону визначений невичерпний перелік істотних умов договору про надання фінансових послуг. Договір, якщо інше не передбачено законом, повинен містити: 1) назву документа; 2) назву, адресу та реквізити суб'єкта господарювання; 3) відомості про клієнта, який отримує фінансову послугу: прізвище, ім'я, по батькові, адреса проживання - для фізичної особи, найменування та місцезнаходження - для юридичної особи; 4) найменування фінансової операції; 5) розмір фінансового активу, зазначений у грошовому виразі, строки його внесення та умови взаєморозрахунків; 6) строк дії договору; 7) порядок зміни і припинення дії договору; 8) права та обов'язки сторін, відповідальність сторін за невиконання або неналежне виконання умов договору; 9¹) підтвердження, що інформація, зазначена в частині другій статті 12 цього Закону, надана клієнту; 10) інші умови за згодою сторін; 11) підписи сторін.

На цьому етапі доречно буде зупинитися на співвідношенні договору про надання (фінансових) платіжних послуг та договору про надання (фінансових) банківських послуг. Як вже зазначалося, і фінансові платіжні послуги, і банківські послуги є різновидами фінансових послуг. А отже предметом вказаних договорів буде той чи інший вид саме фінансової послуги. На рівні типізації можна допустити, що договір про надання фінансових послуг є самостійним договірним типом.

Порівнюючи банківські та фінансові платіжні послуги, можна дійти висновку про те, що останнє поняття є ширшим за значенням. Це пов'язано з тим, що надавачем фінансової платіжної послуги може бути і банк, а також інша небанківська установа. Це в свою чергу значно розширює зміст правовідношення. Разом з цим, якщо надавачем фінансової платіжної послуги є банк, то така послуга тотожна банківській послугі. З огляду на це, договори про надання фінансових платіжних послуг, стороною яких є банк та договори про надання банківських послуг є різновидами одного договірного типу – договору про надання фінансових послуг.

Прийнятий Закон України «Про платіжні послуги» також з 01.08.2022 року вносить зміни до ЦК України шляхом доповнення глави 72 параграфом 3, у якому регламентуються відносини небанківського надавача та користувача платіжних послуг, що опосередковуються договором платіжного рахунку.

Так, відповідно до статті 1076-9 ЦК України, за договором платіжного рахунку небанківський надавач платіжних послуг зобов'язується зараховувати на платіжний рахунок, відкритий користувачу платіжних послуг, кошти, що йому надходять, здійснювати з рахунку видачу готівкових коштів та виконувати інші платіжні операції, які має право здійснювати небанківський надавач платіжних послуг згідно з отриманою ним ліцензією на надання платіжних послуг.

З огляду на те, що предметом дослідження є саме сфера банківських послуг, а договір платіжного рахунку укладається із небанківським надавачем послуг, такий договірний тип розглядатися не буде. Незважаючи на те, що до відносин сторін у зв'язку з відкриттям, обслуговуванням та закриттям платіжного рахунку застосовуються положення щодо банківського рахунку, якщо інше не встановлено цим параграфом та не впливає із змісту правовідносин між небанківським надавачем платіжних послуг та користувачем платіжних послуг.

Таким чином, об'єктом розгляду у цьому підрозділі є вже зазначені договори банківського вкладу, банківського рахунку, рахунку умовного зберігання (ескроу), кредитний договір, а також договір про надання платіжних послуг.

Перш за все, слід почати із ознак публічності, які притаманні вказаним договорам. Це є важливим при визначенні меж принципу свободи договору, так як риси публічності позначаються на свободі конкретного договору в сфері надання банківських послуг.

В цьому контексті не можливо не погодитися із Л. В. Пановою, яка зазначає, що однією зі специфічних рис, притаманних банківським послугам, є публічність [170, с. 75]. Ознака публічності, пише авторка, має прояв у двох напрямках: у напрямку приватно-правової конструкції публічного договору та в напрямку публічно-правового методу регулювання правовідносин із надання банківських послуг. Між цими двома напрямками існує фундаментальний зв'язок. Вони

пов'язані спільною метою суспільного блага. Для реалізації цієї мети у суспільстві формуються на різних рівнях принципи права. Принципи права мають обмеження завдяки публічності. Публічність є такою специфічною рисою, яка задля суспільного блага не розділяє право на приватне або публічне, а, навпаки, робить право цілісним явищем, тобто Правом [170, с. 79].

Продовжуючи цю думку, публічність у договірних правовідносинах із надання банківських послуг може проявлятися, по-перше, у специфічному суб'єктному складі; у відсутності можливості надання переваг будь-якому учаснику, якщо це прямо не передбачено законодавством; у відсутності можливості з власної ініціативи відмовити в укладенні договору за наявності об'єктивної можливості провести таку процедуру та виконати всі умови договору; у неперсоніфікованості кола споживачів; а також в уніфікованості умов договору, які мають бути однаковими для всіх учасників, окрім закріплених у законодавстві пільг.

Водночас обов'язковими ознаками публічності у відповідності до статті 633 ЦК України є наявність спеціального суб'єкту – підприємця, який взяв на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до нього звернеться. В той же час однією з необхідних ознак публічного договору є наявність обов'язку підприємця встановлювати умови такого договору однаковими для всіх споживачів.

Свого часу НБУ при дослідженні деяких питань застосування положень ЦК України в банківській діяльності в контексті публічності договору банківського рахунку зауважив, що вказаний договір може бути публічним за умови наявності усіх однак публічності, передбачених законом [171]. Вказана правова позиція ґрунтується на наступному. Публічність договору банківського рахунка прямо не визначена в ЦК України. Проте відсутність прямого зазначення у положеннях ЦК України щодо публічного характеру договору банківського рахунка не можна розглядати в якості самостійної підстави для висновку про те, що зазначений договір не є публічним. Для віднесення його до категорії публічних договорів необхідно довести наявність в ньому усіх ознак публічного договору, що закріплені

у статті 633 ЦК України. Так, банк є суб'єктом господарювання та при отриманні ліцензії приймає на себе обов'язок надавати послуги кожному, хто до нього звернеться. Що відповідає обов'язковим ознакам публічного договору. В той же час однією з необхідних ознак є обов'язок встановлення умов такого договору однаковими для всіх споживачів.

Разом з цим, частина 1 статті 1067 ЦК України орієнтує на укладення договору банківського рахунка на умовах, що погоджені сторонами. Тобто текстуально це положення розуміється як виняток із загального правила про обов'язок встановлення однакових умов для всіх клієнтів банку. Подальші статті ЦК України (1068, 1069) також сприймаються як надання можливості узгодити певні умови договору про банківський рахунок.

Водночас стаття 1067 ЦК України зазначає випадки, коли банк зобов'язаний укласти договір банківського рахунка, а саме: якщо клієнт звернувся з пропозицією відкрити рахунок на оголошених банком умовах, що відповідають закону та банківським правилам.

Абзац 2 частини 2 цієї статті встановлює випадки, коли відмова у відкритті рахунка, чи відмова у банківському обслуговуванні допускається. Такими випадками є відсутність можливості прийняти на банківське обслуговування, або якщо така відмова допускається законом чи банківськими правилами.

При цьому, як зазначалось, законом передбачається можливість погодити певні умови договору банківського рахунка.

Таким чином, договір банківського рахунка не є публічним договором у розумінні статті 633 ЦК України, адже не містить усіх обов'язкових ознак публічності. Разом з цим, стаття 633 ЦК України надає примірний перелік видів економічної діяльності, а звідси і договорів, на які поширюється режим публічного договору. Зокрема, це стосується банківського обслуговування. Якщо проаналізувати вказане положення у взаємозв'язку із статтею 17 Закону України «Про захист прав споживачів» [172], яка визнає за всіма споживачами рівною мірою право на задоволення їх потреб у сфері торгових і інших видів обслуговування, можливо дійти висновку про наявність ще одного спеціального

суб'єкту публічного договору – споживача. Особливість правового статусу останнього пояснюється розширеним законодавчим тлумаченням цього поняття.

Так, у відповідності до профільного Закону України «Про захист прав споживачів», споживач визначається як фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника.

А ось, наприклад, згідно зі статтею 1 Закону України «Про телекомунікації» від 18.11.2003 [173], споживач телекомунікаційних послуг (споживач) – це юридична або фізична особа, яка потребує телекомунікаційних послуг, замовляє та/або одержує їх для власних потреб.

У статті 2 Положення про порядок організації та проведення тендеру з продажу природного газу АТ «Укргазпром», затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 12.06.1998 № 853 [174] споживачем визнається юридична особа, яка є резидентом України і використовує газ як сировину для виробництва тепла, іншої продукції та надання послуг.

Відповідно до розділу 3 Правил обов'язкової сертифікації послуг харчування, затверджених наказом Держстандарту України від 27.01.1999 № 37 [175], споживачем послуги громадського харчування є громадянин, який користується послугами харчування, обслуговування, дозвілля.

Згідно зі статтею 1 Закону України «Про рекламу» від 03.06.1996 [176] споживачами реклами є невизначене коло осіб, на яких спрямовано рекламу.

Тож, споживачем може бути юридична чи фізична особа, і виключно юридична особа, тільки громадянин і навіть невизначене коло осіб.

Однак, зовсім інша ситуація склалася у сфері надання фінансових, зокрема, банківських послуг. Так, Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», Закон України «Про банки і банківську діяльність», а також деякі положення ЦК України окремо виділяють клієнтів банку та споживачів фінансових послуг. І якщо останні визначаються як фізичні особи, які отримують або мають намір отримати фінансову послугу для задоволення

особистих потреб, не пов'язаних із підприємницькою, незалежною професійною діяльністю. То під клієнтами банку розуміються фізичні особи (у тому числі споживачі фінансових послуг), фізичні особи - підприємці або юридичні особи, які отримують або мають намір отримати фінансову послугу. Наприклад, ЦК України використовує саме поняття «клієнт» при визначенні сторін договору банківського рахунка та рахунка умовного зберігання (ескроу).

А за новим Законом України «Про платіжні послуги» сторонами договору про надання платіжних послуг називаються надавачі та користувачі платіжних послуг. Користувачем платіжної послуги, відповідно до Закону, є фізична особа або юридична особа, яка отримує чи має намір отримати платіжну послугу як платник або отримувач (або обидва одночасно) та/або є власником електронних грошей (цифрових грошей Національного банку України), а в разі надання послуг банком - клієнт банку. При цьому, споживач платіжних послуг визначається як тільки фізична особа. Також чітко розмежовуються договори про надання платіжних послуг за участю споживача. Зазначається, що у разі виникнення неоднозначного тлумачення прав та обов'язків сторони за договором за участю споживача платіжних послуг такі права та обов'язки тлумачаться на користь такого споживача. Тобто Законом встановлюється правило *contra proferentem*, на доцільності законодавчого закріплення якого у ГК України наголошувалося у підрозділі 1.3 цієї кваліфікаційної роботи.

Слід зазначити, що визначення поняття «споживач», яке міститься у вказаному Законі відрізняється від поняття в профільному законодавчому акті про захист прав споживачів. Так, у пункті 82 частини першої статті 1 Закону визначається термін «споживач», під яким розуміється «фізична особа, яка отримує або має намір отримати платіжну послугу для задоволення особистих потреб, не пов'язаних із підприємницькою, незалежною професійною діяльністю». А відповідно до пункту 22 статті 1 Закону України «Про захист прав споживачів» «споживач – фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не

пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника».

Так, Головне юридичне управління Апарату Верховної Ради України не погодилося з таким формулюванням. Адже запроваджується інша дефініція, ніж це визначено основним законодавчим актом у сфері захисту прав споживачів, що своєю чергою матиме наслідком множинність тлумачення та правозастосування. На додаток Головне юридичне управління послалося на Рішення КСУ від 03.10.1997 № 4-зп, за змістом якого конкретна сфера суспільних відносин не може бути водночас врегульована однопредметними нормативними правовими актами однакової сили, які за змістом суперечать один одному. Було запропоновано вилучити пункт 82 частини першої статті 1 законопроекту, та передбачити положення такого змісту: «Термін «споживач» вживається в цьому Законі у значенні, наведеному в Законі України «Про захист прав споживачів».

Очевидно, що новий Закон пропонує дефініцію, яка відрізняється, щонайменше текстуально, від профільного закону у сфері захисту прав споживачів. Проте, чи впливає це на зміст самої дефініції?

Відповідно до Закону України «Про захист прав споживачів», продукцією, яка придбавається, замовляється чи використовується споживачем, є будь-який виріб (товар), робота чи послуга. Тобто у новому Законі лише конкретизується, з урахуванням особливості сфери дії акту, вид продукції – платіжна послуга. Що стосується частини визначення, де зазначається мета отримання такої послуги – особисті потреби, не пов'язані із підприємницькою, незалежною професійною діяльністю. Таке визначення є навіть більш релевантним до Директиви (ЄС) 2015/2366 [166], яка називає споживачем фізичну особу, яка діє для цілей, що виходять за межі її фаху, сфери діяльності або професії.

Таким чином, граматична чи текстуальна різниця між дефініціями не має наслідком автоматичне спотворення змісту. А ось, наприклад, тлумачення споживача, як фізичної особи, яка «має намір» отримати платіжну послугу бачиться розмитим та неконкретизованим. При цьому, таке визначення містить і

новий Закон України «Про платіжні послуги» і Закон України «Про захист прав споживачів».

Академічний тлумачний словник надає таку дефініцію поняттю «намір» - задум, бажання зробити що-небудь [177]. Тобто мова йде саме про внутрішній вольовий процес. Будучи тільки внутрішнім проявом, намір не здатний вплинути на виникнення, зміну чи припинення прав та обов'язків. Намір повинен бути проявлений ззовні, в іншому випадку він втрачає юридичне значення.

Більш доречним бачиться визначення, яким оперує Закон України «Про фінансові послуги та фінансові компанії» [178], який прийнятий 14.12.2021 року, проте вводиться в дію 01.01.2024 року. В цьому Законі під споживачем фінансової послуги розуміється фізична особа, яка звертається за наданням фінансових послуг до надавача фінансових послуг та/або посередника або користується послугами надавача фінансових послуг та/або посередника для задоволення особистих потреб, не пов'язаних із підприємницькою або незалежною професійною діяльністю.

У цьому визначенні намір особи має предметне вираження, присутня дія – звернення до надавача фінансових послуг, яка має юридичне та доказове значення. Однак, необхідно погодитись, що в рамках активних нормативних та регуляторних змін в фінансовій сфері, необхідно узгодити існуючі дефініції «споживач», «споживач платіжної послуги», «клієнт» тощо.

Загалом, якщо розглядати наявність споживача, як ознаки публічності, то режим публічного договору має поширюватись на усі договірні відносини у сфері надання банківських послуг за участі фізичної особи. Ця думка має непоодинокі законодавче та доктринальне підтвердження. Так, законодавець у статті 1058 ЦК України прямо зазначає, що договір банківського вкладу, в якому вкладником є фізична особа, є публічним договором.

Стосовно кредитного договору, то ЦК України поруч із загальним визначенням кредитного договору, виділяє окремі форми кредиту, що становлять предмет відповідних кредитних договорів, а саме: споживчий кредит та комерційний кредит. А за формами кредиту у сфері господарювання, відповідно до статті 347 ГК України, розрізняють банківський, комерційний, лізинговий,

іпотечний та інші форми кредиту. Для цілей цього підрозділу будуть досліджуватися лише договори, у яких кредитором виступає банк, адже банківські установи є основними суб'єктами грошово-кредитного ринку.

Про наявність у кредитних договорах однієї з умов публічного договору говорить Закон України «Про споживче кредитування» [179], який називає споживачем за договором про споживчий кредит фізичну особу. Відповідно, якщо відбувається кредитування суб'єкта господарювання, то такий договір віднести до публічних неможливо.

Щодо публічності договору рахунка умовного зберігання (ескроу) теж немає прямої вказівки. З одного боку, як зазначається, у питанні чи є цей договір публічним слід виходити із загальних положень про договір банківського рахунка. Відповідно, договір банківського рахунка (ескроу) за участі фізичних осіб, що виступають у якості володільця рахунку (депонента) або бенефіціара, може розглядатися як публічний договір, як це має місце за договором банківського рахунка. Інша ситуація складається під час укладення ескроу, в якому володільцем рахунку та/або бенефіціаром є фізична особа-підприємець або юридична особа, оскільки такий договір не належить до публічних. Умови договору в такому разі для кожного клієнта різнитимуться з огляду на специфіку здійснення господарської діяльності [180, с. 39].

На цьому етапі буде доречним зупинитися на розмежуванні публічного договору та договору приєднання. Адже поняття публічного договору, що міститься у цивільному законодавстві, за своїми зовнішніми характеристиками частково співпадає з іншим видом договірної зобов'язання – договором приєднання. Так, умови останнього, відповідно до статті 634 ЦК України, встановлюються «однією зі сторін у формулярах або інших стандартних формах, який може бути укладений лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору в цілому». Таким чином, умови договору приєднання розробляються лише однією стороною, а інша сторона лише може вирішити акцептувати їй чи ні попередньо встановлені стандартизовані умови.

Однак, можливість зміни чи розірвання договору приєднання на вимогу сторону, що приєдналась все ж законодавчо закріплена. Так, договір приєднання може бути змінений або розірваний на вимогу сторони, яка приєдналась, 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 приєдналась. Сторона, яка приєдналась, має довести, що вона, виходячи зі своїх інтересів, не прийняла б цих умов за наявності у неї можливості брати участь у визначенні умов договору (стаття 634 ЦК України).

До прикладу, у справі № 910/6058/21 [181] Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного господарського суду задовольнив касаційну скаргу сторони, що приєдналась до умов договору приєднання з огляду на таке. Відповідно до умов договору перевезення, перевізник мав право в односторонньому порядку змінювати базову ставку плати за використання власних вагонів (у п. 9.4 договору перевезення передбачено, що зміни (доповнення) до договору перевізник здійснює шляхом викладення в новій редакції договору в цілому або окремих його частин та їх оприлюднення на своєму веб-сайті).

Проте позивач зміг довести, що така зміна базової загальної ставки істотно впливає на визначення вартості послуг позивача на користь третіх осіб. І якщо б такі ставки існували на момент укладення договору, позивач не брав би на себе явно обтяжливі зобов'язання. У цій справі, зміна цінової/тарифної політики перевізника позбавляє позивача того, на що він розраховував при укладенні додатків до договору та поданні замовлення.

Е.В. Вакулович, порівнюючи публічний договір та договір приєднання, також говорить про їх схожість. А також зазначає, що одні ті самі види договорів можуть бути визначені одночасно як публічні, так і договори приєднання, чому сприяє їх змістова подібність, яка полягає в тому, що обидва види договору передбачають обмеження дії принципу свободи договору [182, с. 29].

Водночас авторкою називаються і відмінні риси вказаних договорів. По-перше, суб'єктний склад договору: в публічному договорі його обов'язковою

стороною має бути підприємець, тоді як договір приєднання має ширший суб'єктний склад. По-друге, відмінним є предмет договору – у публічному договорі він чітко визначений (продаж товарів, надання послуг, виконання робіт), а предметом договору приєднання може бути будь-який об'єкт. По-третє, договір приєднання не має обов'язкову ознаку публічності, яка характерна для публічного договору. По-четверте, різний обсяг обмеження дії принципу свободи договору: в публічному договорі постійно обмежені всі учасники договору, окрім підприємця, а у договорі приєднання обмежена реалізація вказаного принципу має місце лише тоді, коли умови договору є обтяжуючими для сторони, яка має намір приєднатись до угоди. По-п'яте, у разі укладення договору приєднання сторона в окремих випадках може вимагати зміну умов договору, що вбачається неможливим у разі укладення публічного договору [182, с. 29].

Як зазначалося вище, одні і ті самі договори можуть бути і публічними, і договорами приєднання. Звідси, договори в сфері банківського обслуговування, умови яких визначаються саме банківською установою, в більшості випадків є одночасно і публічними договорами, і договорами приєднання.

Так, Закон України «Про фінансові послуги і державне регулювання ринків фінансових послуг» визначає укладання договору про надання фінансових послуг шляхом приєднання клієнта до умов відповідного договору, як одну із форм договору поруч із паперовим виглядом, електронним документом та електронним договором. При цьому, укладення договору шляхом приєднання може відбуватися за умови, якщо договір буде наданий клієнтові для ознайомлення у вигляді електронного документа на власному веб-сайті особи, яка надає фінансові послуги, та/або (у разі надання фінансової послуги за допомогою платіжного пристрою) на екрані платіжного пристрою, який використовує особа, яка надає фінансові послуги.

При цьому конкретизується, що у разі, якщо договір про надання фінансових послуг укладається шляхом приєднання, договір складається з публічної частини договору та індивідуальної частини договору, підписанням якої клієнт приєднується до договору в цілому (частина 2 статті 6). Публічна частина договору

про надання фінансових послуг оприлюднюється та повинна бути доступною для ознайомлення клієнтів на власному веб-сайті особи, яка надає фінансові послуги, і надається клієнту за його вибором у спосіб, що дає змогу встановити дату надання, з використанням контактних даних, зазначених клієнтом. Усі редакції публічної частини договору повинні зберігатися на власному веб-сайті особи, яка надає фінансові послуги, із зазначенням строку їх дії (частина 2 статті 6).

Також, згідно із Законом України «Про платіжні послуги», договір про надання платіжних послуг укладається в письмовій формі (паперовій або електронній). Договір про надання платіжних послуг може укладатися шляхом приєднання користувача до договору, розміщеного у доступному для клієнта місці у надавача платіжних послуг та на його веб-сайті в мережі Інтернет.

Загалом, чимало актів міжнародного права присвячені захисту прав споживачів, зокрема і фінансових послуг. Так, з урахуванням того, що споживачі зазвичай перебувають у нерівних умовах з економічної точки зору, з точки зору освіченості та купівельної спроможності, Резолюцією Генеральної Асамблеї ООН від 09 квітня 1985 року № 39/248 були прийняті «Керівні принципи для захисту інтересів споживачів».

Директивою 2002/65/ЄС від 23.09.2002 [184] визначаються розширені права споживачів фінансових послуг (право на відмову, право на попередню інформацію та повідомлення додаткових умов).

Директива 2005/29/ЄС від 11.05.2005 [185] забороняє недобросовісні комерційні практики. Недобросовісність практики визначається оманливою або агресивною торговельною тактикою.

Ще одна Директива 2008/48/ЄС від 23.04.2008 року [186] наголошує на важливості достатнього рівня захисту споживачів кредитних послуг для забезпечення їхньої довіри. Ринок повинен забезпечувати оптимальні умови для кредиторів та позичальників.

КСУ у зазначеному раніше рішенні у справі про захист прав споживачів [162] аргументував підстави для обмеження дії принципу свободи договору у сфері банківських послуг. Зокрема, через те, що споживачу 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. Отже, для споживача існує ризик помилково чи навіть унаслідок уведення його в оману придбати не потрібні йому банківські послуги. Тому, зазначає КСУ, законодавець забезпечує особливий захист більш слабкого суб'єкта економічних відносин, а також фактичну, а не формальну рівність сторін, шляхом визначення особливостей договірних правовідносин у сфері банківських послуг та обмеження дії принципу свободи договору. Це здійснюється через встановлення особливого порядку укладення договорів, їх оспорювання, контролю за змістом та розподілу відповідальності між сторонами договору.

На цій підставі законодавець закріпив положення щодо недійсності умов договору за участю споживача, які є несправедливими. Так, відповідно до частини 2 статті 18 Закону України «Про захист прав споживачів», умови договору є несправедливими, якщо всупереч принципу добросовісності його наслідком є істотний дисбаланс договірних прав та обов'язків на шкоду споживача. З огляду на це, ознаками несправедливих умов договору є, зокрема, недобросовісність, істотний дисбаланс договірних прав та обов'язків сторін та завдання шкоди споживачеві.

З огляду на це НБУ постановив затвердити Положення про додаткові вимоги до договорів про надання фінансових послуг [187]. Це Положення визначає додаткові вимоги до договорів про надання фінансових (банківських) послуг, включаючи індивідуальну частину договорів приєднання про надання фінансових послуг, що укладаються банками зі споживачами фінансових послуг.

Вимоги цього Положення поширюються на договори про надання споживачам таких фінансових послуг: 1) залучення у вклади (депозити) коштів та банківських металів; 2) відкриття та ведення поточних рахунків, у тому числі в банківських металах, та рахунків умовного зберігання (ескроу); 3) надання споживчого кредиту. Водночас вимоги цього Положення не поширюються на публічну частину договорів приєднання про надання фінансових послуг.

Тож, договори про надання фінансових послуг повинні містити: чіткий опис фінансової послуги, що надається; зазначення про звільнення від відповідальності за порушення зобов'язання внаслідок випадку або форс-мажору (із засвідченням ТПП України); інформацію про право споживача відмовитись чи розірвати договір, в тому числі порядок реалізації такого права в односторонньому порядку; перелік додаткових послуг, що надаються в межах договору; порядок інформування про зміни в тарифах і умовах послуги, та каналу інформування тощо.

Також Положенням передбачається, що умови договорів повинні викладатися на документі шрифтом чорного кольору, розміром не менше 11 друкарських пунктів, з міжрядковим інтервалом не менше одинарного. Вартість послуги та інших витрат, штрафних санкцій зазначаються напівжирним накресленням.

Головне завдання цих вимог – забезпечити розкриття повної інформації про послуги, права та обов'язки банку та споживача, наслідки невиконання зобов'язань. Це своє чергою сприятиме розумінню споживачем умов фінансової послуги та його поміркованому рішення про укладення договору.

Очевидно, що використання у Положенні терміну «споживач» не випадкове. Звідси, можна зробити висновок, що додаткові умови НБУ застосовуються лише до договорів за участю фізичних осіб, які отримують або мають намір отримати фінансову послугу для задоволення особистих потреб, не пов'язаних із підприємницькою, незалежною професійною діяльністю.

Тобто в такому випадку обмеження свободи договору для споживача виконує компенсаційну функцію за завідомо нерівний статус учасників договірних правовідносин та виступає у якості додаткової правової гарантії.

Загалом, порядок вступу у договірні відносини для досліджуваних договірних видів не досить відрізняється в залежності від користувачів відповідних послуг. Так, наприклад, для укладення договору банківського рахунку, перелік документів, необхідних для ідентифікації та верифікації клієнта відрізняється в залежності від того, чи є клієнт суб'єктом господарювання, юридичною особою-

нерезидентом, чи фізичною особою. Проте, у всіх випадках особою надається оферта, викладена у заяві про відкриття поточного рахунку.

А відповідно до Інструкції про порядок відкриття та закриття рахунків користувачам надавачами платіжних послуг з обслуговування рахунків [169], форми заяв про відкриття/закриття рахунків розробляються надавачем платіжних послуг самостійно. А користувач має право самостійно оформити заяву про закриття рахунку в довільній формі із зазначенням реквізитів для відповідного користувача.

Більший інтерес становлять випадки, коли надавач послуг має право відмовити у банківському обслуговуванні. Так, відповідно до пункту 12 зазначеної Інструкції, надавач платіжних послуг, за загальним правилом, не має права відмовити користувачеві у відкритті рахунку, вчинення відповідних операцій за яким передбачено законами України, установчими документами надавача платіжних послуг та наданою йому ліцензією, крім випадків, коли надавач платіжних послуг не має можливості прийняти на обслуговування або якщо така відмова допускається законами України або внутрішніми документами надавача платіжних послуг.

В цьому напрямку слід зазначити, що в Інструкції про порядок відкриття і закриття рахунків клієнтів банків та кореспондентських рахунків банків-резидентів і нерезидентів [188], яка втратила чинність з прийняттям Закону України «Про платіжні послуги», містилося дещо інше формулювання. Так, вказана Інструкція називала такі випадки відмови у банківському обслуговуванні: неможливість прийняти на банківське обслуговування; якщо відмова допускається законом; якщо відмова допускається банківськими правилами.

Як бачимо, в акті прямого зіставлення – чинній Інструкції, говориться про внутрішні документи надавача платіжних послуг. І незважаючи на відсутність у цьому документі дефініції, по тексту таке формулювання вживається неодноразово.

Навіть більше, визначення внутрішніх документів банку містило у собі Положення про організацію внутрішнього контролю в банках України,

затверджене Постановою НБУ від 29.12.2014 №867, яка втратила чинність. На даний час можливо знайти визначення внутрішньобанківських документів, яке міститься у Положенні про організацію внутрішнього контролю в банках України та банківських групах, затвердженого Постановою Правління НБУ від 02.07.2019 № 88 [189].

Відповідно до цього Положення, внутрішньобанківські документи - політика за окремим напрямом діяльності банку, положення, інструкції, методики, правила, розпорядження, рішення, накази або розроблені банком документи в іншій формі, які серед іншого включають опис процедур/процесів, відповідальність працівників банку за виконання ними функціональних обов'язків з внутрішнього контролю, розподіл обов'язків, порядок взаємодії підрозділів та працівників банку та інші питання щодо організації та функціонування системи внутрішнього контролю в банку, з урахуванням вимог цього Положення.

За цим визначенням, банківські правила є видом внутрішньобанківських документів. Хоча останні і вживаються в контексті функціонування системи внутрішнього контролю в банку, метою якого є забезпечення ефективності саме корпоративного управління.

Стосовно банківських правил, то чинне законодавство не містить такого визначення. Хоча свого часу НБУ висловив правову позицію стосовно розуміння поняття «банківські правила» в контексті ЦК України. Так, НБУ ототожнив банківські правила із нормативно-правовими актами саме НБУ з огляду на технічно-юридичну конструкцію частини 1 статті 1059 ЦК України [171]. В останній за словосполученням «нормативно-правові акти у сфері банківської діяльності» слідом в дужках викладено словосполучення «(банківські правила)», що дає підстави вважати, що зазначені поняття ототожнюються, тобто мають однаковий зміст. Далі зазначається, що у відповідності до статей 2, 7, 56 Закону України «Про національний банк України», НБУ є особливим центральним органом державного управління, який здійснює банківське регулювання. Таке регулювання здійснюється також і у формі видання НБУ нормативно-правових актів у межах його повноважень на виконання законів України та є обов'язковими

для органів державної влади і органів місцевого самоврядування, банків, підприємств, організацій та установ незалежно від форм власності, а також для фізичних осіб.

Тобто прирівнювання банківських правил до нормативно-правових актів НБУ наділяє ці правила елементом обов'язковості для фізичних та юридичних осіб. Що своєю чергою має наслідком обов'язок дотримуватися цих правил у договірних відносинах клієнта з банком.

У ситуації із поняттям «внутрішні документи надавача послуг» чи «внутрішні документи банку», чи «внутрішньобанківські документи» не зрозуміло, чи є вони обов'язковими для клієнтів банку. Адже ці поняття можуть використовуватися в різних контекстах – фінансовий моніторинг або внутрішній контроль банку, наприклад.

З огляду на те, що, відповідно до п. 12 чинної Інструкції [169], відмова користувачеві у відкритті рахунку, вчинення відповідних операцій за яким передбачено законами України, установчими документами надавача платіжних послуг та наданою йому ліцензією допускається, в тому числі і відповідно до внутрішніх документів надавача платіжних послуг, то статус таких документів повинен бути чітко визначений.

З урахуванням наведеного, можна дійти наступних висновків. По-перше, обмеження договірної свободи через інститут спонукання до укладення договору має місце в публічних зобов'язаннях суб'єкта господарювання. При цьому, необхідно розрізняти договір як обов'язковий інструмент, який опосередковує правовідносини, що склалися на виконання вимог закону (публічні зобов'язання). Та договір як підставу виникнення господарсько-договірного зобов'язання. По-друге, для публічних зобов'язань характерним є не тільки наявність суб'єкта господарювання, а й ще одного спеціального учасника – споживача. Правовий статус останнього чітко визначений відповідно до профільного Закону України «Про захист прав споживачів». Натомість, законодавство в сфері надання банківських послуг запроваджує відмінні від основного законодавчого акту у сфері захисту прав споживачів дефініції поняття «споживач», тож в рамках активних

регуляторних змін виникає необхідність узгодження дефініцій. При цьому, граматична чи текстуальна різниця між дефініціями не має наслідком автоматичне спотворення змісту. Більша увага зосереджується на визначенні споживача, як фізичної особи, яка «має намір» отримати платіжну послугу. Така дефініція є розмитою та неконкретизованою. Пропонується розуміння споживача, як фізичної особи, яка «звертається» за наданням фінансової послуги. У цьому визначенні намір особи має предметне вираження, присутня дія – звернення до надавача фінансових послуг, яка має юридичне та доказове значення.

Обмеження свободи договору для споживача виконує компенсаційну функцію за завідомо нерівний статус учасників договірних правовідносин та виступає у якості додаткової правової гарантії. Також, виникає необхідність у розмежуванні термінів «банківські правила» та «внутрішні документи надавача платіжних послуг», а статус таких документів для споживача повинен бути чітко визначений. Так як відповідно до чинного законодавства, користувачеві може бути відмовлено у відкритті рахунку та у обслуговуванні, у тому числі на підставі внутрішніх документів надавача платіжних послуг.

3.2. Межі дії принципу свободи договору при виведенні неплатоспроможного банку з ринку

Процедура виведення неплатоспроможного банку з ринку включає в себе систему заходів, які здійснює Фонд гарантування вкладів фізичних осіб (далі - Фонд) стосовно банку, віднесеного до категорії неплатоспроможних, щодо виведення його з ринку одним із способів, які визначаються статтею 39 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» [190], а саме: 1) ліквідація банку з відшкодуванням з боку Фонду коштів за вкладями фізичних осіб у порядку, встановленому цим Законом; 2) ліквідація банку з відчуженням у процесі ліквідації всіх або частини його активів і зобов'язань на користь приймаючого банку; 3) відчуження всіх або частини активів і зобов'язань неплатоспроможного банку на користь приймаючого банку з відкликанням

банківської ліцензії неплатоспроможного банку та подальшою його ліквідацією; 4) створення та продаж інвестору перехідного банку з передачею йому активів і зобов'язань неплатоспроможного банку і подальшою ліквідацією неплатоспроможного банку; 5) продаж неплатоспроможного банку інвестору.

Фонд як юридична особа публічного права та спеціальна установа, наділений повноваженнями у вигляді адміністративного примусу щодо юридичної кваліфікації правочинів (договорів) банку на предмет їх нікчемності, та подальшого застосування наслідків такої нікчемності. Такі повноваження закріплені у статті 38 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб». Так, Фонд здійснює перевірку правочинів, вчинених (укладених) банком протягом одного року, а правочинів, вчинених (укладених) банком з пов'язаними особами та/або в інтересах пов'язаних осіб, та/або на їх користь, - протягом трьох років до дня запровадження тимчасової адміністрації неплатоспроможного банку або процедури ліквідації банку, щодо якого було прийнято рішення про відкликання банківської ліцензії та ліквідацію банку, на предмет виявлення правочинів, що є нікчемними. Підстави нікчемності правочинів банку також визначаються Законом України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» у частині 3 статті 38.

Слід зазначити, що відповідно до Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення механізмів виведення банків з ринку та задоволення вимог кредиторів цих банків» від 30.06.2021 [191], було удосконалено процедуру та перелік підстав для виявлення нікчемних правочинів. По-перше, надається перелік умов, що не є поточними ринковими щодо відчуження чи передачі у користування або придбання чи отримання у користування майна, оплати результатів робіт та/або надання послуг на таких умовах. Зокрема це: прийняття меншого забезпечення виконання зобов'язань, ніж вимагається від інших клієнтів; придбання в особи майна низької якості чи за завищеною ціною; здійснення інвестиції в цінні папери суб'єкта, яку банк не здійснив би в інше підприємство; оплата товарів і послуг, наданих особою за цінами, вищими, ніж звичайні, або за таких обставин, коли такі самі товари і

послуги іншої особи взагалі не були б придбані; продаж особі майна за вартістю, що є нижчою, ніж та, яку банк отримав би від продажу такого майна іншій особі; нарахування відсотків та комісійних за послугами, наданими банком особам, які є меншими, ніж звичайні; нарахування відсотків за вкладами (депозитами), залученими банком від осіб, які є більшими, ніж звичайні.

Також вказану статтю доповнено частиною 12, відповідно до якої правочини (у тому числі договори), укладені Фондом або уповноваженою особою Фонду (у разі делегування їй відповідних повноважень) під час тимчасової адміністрації або ліквідації, не є нікчемними з підстав, визначених частиною третьою цієї статті.

При цьому, наслідком отримання повідомлення Фонду про нікчемність правочину на підставах, передбачених частиною третьою зазначеної статті, є обов'язок сторони правочину повернути банку майно (кошти), яке (які) вона отримала від такого банку, а у разі неможливості повернути майно в натурі - відшкодувати його вартість у грошових одиницях за ринковими цінами, що існували на момент вчинення правочину. Такий нікчемний договір не може бути використаний для визначення ринкової ціни.

Доповнюється також, що майно (кошти), отримане (отримані) стороною правочину - пов'язаною з банком особою за нікчемними правочинами, є предметом обтяження. Обтяження речових прав за таким майном (коштами) підлягають державній реєстрації Фондом у встановленому законом порядку до настання обставин, зазначених в абзаці першому цієї частини, або до визнання нікчемного правочину дійсним у порядку, встановленому законом.

Водночас ЦК України у статті 215 зазначається, що підставою недійсності правочину є недодержання в момент вчинення правочину стороною (сторонами) вимог, які встановлені частинами першою - третьою, п'ятою та шостою статті 203 цього Кодексу. Недійсним є правочин, якщо його недійсність встановлена законом (нікчемний правочин). У цьому разі визнання такого правочину недійсним судом не вимагається. Зокрема підставами у ЦК України є такі: 1) зміст правочину не може суперечити цьому Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам; 2) особа, яка

вчиняє правочин, повинна мати необхідний обсяг цивільної дієздатності; 3) волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі; 4) правочин має бути спрямований на реальне настання правових наслідків, що обумовлені ним; 5) правочин, що вчиняється батьками (усиновлювачами), не може суперечити правам та інтересам їхніх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей.

Разом з цим відповідно до частини 1 статті 203 ЦК України, правочин є недійсним, якщо його зміст суперечить ЦК України, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам. З огляду на те, що зміст норми розкривається загальними, абстрактними та не індивідуалізованими поняттями, такими як «державний інтерес», «суспільний інтерес» чи «моральні засади», можливо припустити, що дії Фонду в такому випадку покликані виявити ті правочини банку, які суперечать державним та суспільним інтересам. У такому разі можна стверджувати, що положення ЦК України співвідносяться із профільним ЗУ «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» як загальне та спеціальне.

Вже на цьому етапі виникає конфлікт на рівні, по-перше, законодавчих актів. По-друге, на рівні приватно- та публічно-правових відносин, які регулюються цими актами. Сама система гарантування вкладів фізичних осіб являє собою сукупність відносин, що регулюються Законом України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб», суб'єктами яких є Фонд, Кабінет Міністрів України, Національний банк України, банки та вкладники. Тобто самі відносини, у яких перебувають фізичні особи-вкладники та юридичні особи публічного права, спеціальні установи, характеризуються поєднанням приватноправових інтересів з державним регулюванням. Констатування Фондом факту нікчемності правочину банку породжує негативні юридичні наслідки для вкладника у вигляді не включення останнього до переліку вкладників банку, які мають право на відшкодування, а для сторони нікчемного правочину в цілому виникає обов'язок повернути кошти чи майно, які (яке) така особа отримала від банку. Тож на рівні правозастосування виникає низка питань: який характер відносин між Фондом (його Уповноваженою

особою) та вкладником – публічно-правовий чи приватноправовий? Який статус має Фонд – суб’єкт владних повноважень чи орган, який здійснює повноваження з управління банком? Яку юридичну силу має наказ та повідомлення Фонду щодо нікчемності правочину? З вказаних питань судова практика відрізняється в залежності від форми судочинства.

Тож, умовно можна виділити три основні підходи суддів ВП ВС до вирішення спірних питань [192, с. 319]. За першим підходом Фонд не визнається суб’єктом владних повноважень у розумінні статті 4 КАС України, а відповідно до відносин Фонду та вкладника слід застосовувати норми ЦК України. Представники другого підходу навпаки вважають Фонд суб’єктом владних повноважень у розумінні статті 4 КАС України, а відповідно до відносин Фонду та вкладника слід застосовувати норми Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб». За третім підходом, Фонд виконує повноваження органів правління банку, а його рішення щодо віднесення правочину до нікчемних є внутрішнім розпорядчим документом банку, що за своєю юридичною природою не створює обов’язків для третіх осіб.

Окремо слід зазначити, що за правовою позицією ВП ВС у справі № 910/12294/16 [193] (господарські справи) від 11.04.2018, Фонд загалом не є органом державної влади, а установою, що виконує спеціальні функції у сфері гарантування вкладів і виведення неплатоспроможних банків із ринку. Фонд бере участь у правовідносинах одночасно в різних статусах: і як орган, що ухвалює обов’язкові для банків рішення, і як орган, який здійснює повноваження з управління банком. У процесі проведення внутрішньої перевірки, результатом якої є наказ про визнання правочину банку нікчемним, уповноважена особа діє саме як орган управління банком у межах повноважень Фонду. А отже, такий спір не є публічно-правовим. Також Суд дійшов висновків про таке. Наказ уповноваженої особи Фонду про визнання договору, укладеного банком, нікчемним не може бути визнаний недійсним у судовому порядку. Навіть якщо в спірних договорах ознак нікчемності не виявляється, сам факт визнання їх такими прав другої сторони не порушує, оскільки жодних обов’язків для третіх осіб не породжує. Водночас

обов'язок повернути все одержане за нікчемним договором виникає. Проте виникає не на підставі наказу Фонду (який жодних управлінських функцій стосовно контрагента банку не виконує), а з огляду на вимоги закону. Якщо контрагент банку не згоден із правовою оцінкою правочину як нікчемного, то він закономірно не стане виконувати приписи частини 5 статті 38 ЗУ «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб». А банк має право звернутися до суду про застосування наслідків недійсності нікчемного правочину. Відповідно, у межах цього процесу відповідач зможе порушити питання про дійсність спірного правочину.

Щодо приватноправового характеру спору між Фондом та вкладником зазначається і у окремих думках суддів ВП ВС (справи № 811/3526/15 [116], № 813/6392/15 [117], № 592/13020/17 [118]). Так, характер спору між вкладником та Фондом – приватноправовий, так як порушуються не публічні права вкладника, а цивільні, а повноваження Фонду щодо виявлення та фіксації нікчемних правочинів не відносяться до владних; рішення Фонду являється одностороннім правочином в порядку ст. 202 ЦК України, так як підставою нікчемності правочину є не рішення уповноваженої особи Фонду, а норма закону, тому таке рішення (документ) не має розпорядчого значення і не є реалізацією владних управлінських функцій уповноваженої особи Фонду; те, що Фонд являється особою публічного права не свідчить ні про владний характер правовідносин, стороною яких є Фонд, ні про їх владно-управлінські повноваження у правовідносинах з віднесення угод до категорії нікчемних.

Прихильниками другого підходу (окремі думки у справах № 910/12294/16 [119], № 802/351/16-а [120], № 804/1920/16 [121]) наводяться наступні обґрунтування: законодавець передбачив спеціальні норми у вигляді Закону, які мають пріоритет над загальними нормами цивільного законодавства про нікчемність; реалізація функцій Фонду має публічний (за сферою реалізації) та владний характер (за методом впливу); Фонд не був стороною правочинів (договорів, операцій) за вкладними операціями, а відповідно між вкладником (позивачем) та Фондом не виникло інших правовідносин, ніж ті, що випливають з оскаржуваного Наказу. Так, застосовувати загальні положення про нікчемність

неможливо. Рішення Фонду є рішенням суб'єкта владних повноважень за своєю юридичною природою, а так як між Фондом та вкладником виникли правовідносини, що пов'язані із оскаржуваним рішенням, норми ЦК не підлягають застосуванню.

Однак, цей підхід протирічить чинному законодавству в частині визнання правочинів нікчемними. За загальним правилом, нікчемність правочину встановлюється відповідно до закону, а не волевиявлення та рішення уповноваженої особи, та не потребує додаткового судового підтвердження. Крім того, цивілістична доктрина визнає презумпцію правомірності правочину. Останній є правомірним, якщо його недійсність прямо не встановлена законом або якщо він не визнаний судом недійсним (стаття 204 ЦК України).

Верховний Суд у складі колегії суддів Другої палати Касаційного цивільного суду у справі № 530/1995/18 [194] у постанові від 28.09.2022 висловився щодо загального розуміння конструкції недійсності правочину. Суд зазначає, що презумпція правомірності правочину означає те, що вчинений правочин вважається правомірним, тобто таким, що зумовлює набуття, зміну чи припинення породжує, змінює або припиняє цивільних прав та обов'язків, доки ця презумпція не буде спростована. Таким чином, до спростування презумпції правомірності правочину всі права, набуті сторонами за ним, можуть безперешкодно здійснюватися, а створені обов'язки підлягають виконанню. Суд також зазначає, що спростування презумпції правомірності правочину відбувається за таких підстав: коли недійсність правочину прямо встановлена законом (тобто має місце його нікчемність); якщо він визнаний судом недійсним, тобто існує рішення суду, яке набрало законної сили (тобто оспорюваний правочин визнаний судом недійсним).

Також Суд наголосив, що недійсність правочину, договору, акту органу юридичної особи чи документу як приватно-правова категорія, покликана не допускати або прискіпати порушення цивільних прав та інтересів або ж їх відновлювати. По своїй суті ініціювання спору про недійсність правочину не для захисту цивільних прав та інтересів є недопустимим.

У приватному праві недійсність (нікчемність чи оспорюваність) може стосуватися або «вражати» договір, правочин, акт органу юридичної особи, державну реєстрацію чи документ.

Суд також зазначає, що якщо недійсність певного правочину встановлена законом, тобто якщо цей правочин нікчемний, позовна вимога про визнання його нікчемним не є належним способом захисту права чи інтересу позивача. За наявності спору щодо правових наслідків недійсного правочину, одна зі сторін якого чи інша заінтересована особа вважає його нікчемним, суд перевіряє відповідні доводи та у мотивувальній частині судового рішення, застосувавши відповідні положення норм матеріального права, підтверджує чи спростовує обставину нікчемності правочину.

Нікчемність правочину, згідно з цією правовою позицією, має абсолютний ефект, оскільки діє щодо всіх. Нікчемний правочин не створює юридичних наслідків, тобто, не зумовлює переходу/набуття/зміни/встановлення/припинення прав ні для кого. Саме тому посилатися на нікчемність правочину може будь-хто. Суд, якщо виявить нікчемність правочину, має її враховувати за власною ініціативою в силу свого положення, навіть якщо жодна із заінтересованих осіб цього не вимагає.

З огляду на вказану правову позицію будь-яка заінтересована особа в цих правовідносинах може констатувати (виявляти) нікчемність того чи іншого правочину. Так, наприклад, відповідно до частини 5 статті 216 ЦК України, вимога про застосування наслідків недійсності нікчемного правочину може бути пред'явлена будь-якою заінтересованою особою. Вищий спеціалізований суд України у своєму аналізі окремих питань судової практики, що виникають при застосуванні судами рекомендаційних роз'яснень, викладених у постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» від 06.11.2009 № 9 [195], слушно зауважив, що ЦК України не містить визначення поняття «заінтересована особа», тобто залишає його оціночним. Тому слід враховувати, що заінтересованою особою є будь-яка особа, яка має конкретний майновий інтерес в оспорюваному договорі.

Відповідно до цього, немає значення, у якому «статусі» Фонд чи його уповноважена особа відносить конкретний договір до нікчемних, адже такі повноваження не є виключно повноваженнями Фонду.

На публічно-правовому характері спору наполягає ВП ВС (адміністративні справи) у постановках від 18.04.2018 року у справі № 813/921/16 [196], від 23.05.2018 року у справі № 820/3770/16 [197] та від 27.06.2018 у справі № 804/15260/15 [198]. Так, у справі № 813/921/16 ВП ВС аргументував, що Фонд є суб'єктом публічного права, створений з метою реалізації публічних інтересів держави у сфері гарантування вкладів фізичних осіб та виведення неплатоспроможних банків з ринку, здійснює нормативне регулювання, тобто наділений владними управлінськими функціями та є суб'єктом владних повноважень у розумінні Кодексу адміністративного судочинства України.

Отже, зазначає Суд, правовідносини між вкладниками та Фондом щодо формування переліку осіб, які мають право на відшкодування вкладів за рахунок коштів Фонду, складаються без участі банку. Тому ці правовідносини не стосуються безпосередньо процедури ліквідації банку. Юридичний факт неплатоспроможності банку є лише підставою для виникнення правовідносин щодо відшкодування вкладникам їх вкладів за рахунок коштів Фонду, проте процес ліквідації має окремий перебіг і не впливає на обсяг гарантованого відшкодування вкладникам.

Таким чином, резюмує Суд, спір про відшкодування вкладів фізичних осіб за рахунок Фонду є публічно-правовим, має особливий характер і стосується виконання окремої владної функції Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, а саме організації виплат відшкодувань за вкладами, тому його не можна вважати спором у зв'язку з процесом ліквідації банку.

Щодо третього підходу (постанови ВП ВС у справах №819/353/16 [122]; №815/5392/16 [123]; № 813/1061/16 [124];), судді мотивують свої рішення наступним: уповноважена особа Фонду на етапі запровадження тимчасової адміністрації виконує функції керівництва банківської установи, оскільки після призначення тимчасової адміністрації керівництво банку втрачає свої

повноваження, а в правовідносинах банку, які випливають із укладених ним договорів, уповноважена особа Фонду діє як представник сторони договірних відносин. У такому разі Рішення уповноваженої особи мають розглядатися як внутрішній розпорядчий документ банку, який не впливає на права жодних осіб, свідчить про те, що жодні права жодних осіб не порушені, а отже, не можуть бути захищені в жодному судочинстві.

Резюмуючи, хотілося б зазначити, що свого часу суддя КГС у складі ВС, доктор юридичних наук, Олена Рувімівна Кібенко висвітила проблему юрисдикцій у справах за участю Фонду крізь призму підходів, сформульованих ВП ВС у 2018 році. Тоді, як зазначає суддя, ВП ВС вирішила, що якщо йдеться про гарантовані вимоги на суму вкладу до 200 тис. грн (вимога вкладника до Фонду, який діє як суб'єкт владних повноважень), то справа належить до юрисдикції адміністративних судів (постанова ВП ВС від 12 квітня 2018 року у справі № 820/11591/15); якщо ж йдеться про акцептовані вимоги на суму понад 200 тис. грн (вимога кредитора до банку, а уповноважена особа чи Фонд діють як керівник банку), то справа підлягає розгляду господарськими чи цивільними судами (залежно від статусу вкладника) (постанова ВП ВС від 23 травня 2018 року у справі № 910/7983/17) [199].

Проте і такий підхід має проблемні моменти, що пов'язані із розглядом гарантованих та акцептованих вимог вкладників судами різних юрисдикцій (замість одного спору – два). У разі віднесення спору до адміністративного судочинства вкладник має скорочені строки для звернення до суду, а у разі зміни юрисдикції – спливають строки позовної давності. Крім того, проблемним моментом є визначення належного відповідача – банк, Фонд чи уповноважена особа Фонду. Наостанок, задоволення позову про включення вимоги вкладника до Реєстру гарантованих вимог не дає можливості стягнути кошти у примусовому порядку [199].

ВИСНОВКИ

1. Договірна свобода як міждисциплінарна категорія має різні підходи до свого тлумачення. Центральний термін «свобода» важко чітко охарактеризувати та адекватно визначити навіть в рамках однієї теорії, не кажучи вже про його універсальний характер. Більшість західних вчених притримується двовимірної концепції свободи – позитивна та негативна свобода (positive and negative liberty). Свобода у позитивному смислі розуміється як проста відсутність когось чи чогось (перепон, бар'єрів, обмежень чи втручання). Свобода ж у негативному розумінні потребує присутності певних факторів (контролю, самореалізації, самовизначення тощо).

В роботі розглядається підхід до закріплення свободи договору в національному законодавстві країн ЄС. Проаналізовано відповідні законодавчі акти – Цивільний кодекс Франції, Цивільне уложення Німеччини, Основний Закон ФРН, Цивільний кодекс Литовської Республіки, Конституція Словацької Республіки, Цивільний кодекс Польської Республіки, Цивільний кодекс Румунії, Цивільний кодекс Італії, Цивільний кодекс Іспанії.

В роботі наводиться класифікація актів, якими закріплюється свобода договору в порівнюваних країнах: за юридичною силою акту та за ступенем конкретизації. За юридичною силою можна класифікувати на конституційний рівень (Основний Закон ФРН, Конституція Словацької Республіки); рівень кодифікованого акту (Цивільний кодекс Франції, Цивільне уложення Німеччини, Цивільний кодекс Литовської Республіки, Цивільний кодекс Польської Республіки, Цивільний кодекс Румунії, Цивільний кодекс Італії); прецедентний рівень. Останній зустрічається в правових доктринах Німеччини, Словаччини та Іспанії. Суть такого закріплення полягає у тлумаченні договірної свободи крізь призму основоположних конституційних прав громадянина – свободи вільно діяти, свободи вираження особистості тощо. Так, в обох країнах, що «виводять» поняття свободи договору із конституційних положень, додатково містяться роз'яснення суду конституційної інстанції. Більша ж частина репрезентованих країн обрали закріплення на рівні окремого кодифікованого акту.

За ступенем конкретизації принципу свободи договору в представлених для порівняння країнах можна виділити: чіткий перелік правомочностей у договірному процесі; загальне визначення; відсутність чіткого визначення чи згадки у законодавчих актах, проте визначення впливає із змісту законодавства; визначення регулюється прецедентним правом.

2. В рамках цього дослідження природа договірної свободи та її обмеження розкриваються крізь призму свободи волі. За допомогою антропологічного підходу, який представлений надбаннями нейронаук, аналітичної філософії, можливо надати нову оцінку свободи договору та її межах.

Свобода волі в цьому контексті відіграє центральну роль та є елементом свободи договору. На питання, чи є воля учасника договірних правовідносин свободною, найбільш точно та натурально відповідає доктрина нейроправа – компатибілізм або ж «м'який детермінізм».

Домінантою цієї течії є сумісність свободної волі та детермінізму (об'єктивної необхідності). Однією із тез компатибілізму в рамках юриспруденції є наступна: індивід свободний до тих пір, поки не стикається із внутрішніми та зовнішніми бар'єрами, що не дозволяють йому діяти у напрямку задоволення своїх намірів та інтересів.

Наявність альтернативного вибору не є підставою для характеристики дій особи як «вільних», важливим є причинно-наслідковий зв'язок, котрий, умовно, привів особу до цього вибору. Припускається, що існує певний баланс об'єктивності (зовнішньої обумовленості) та суб'єктивності (свободи). Тобто рішення та дії особи обумовлюються як об'єктивними, такими, що від неї не залежать, так і сферою повної свободи, що залишається факторами об'єктивності без контролю.

Правову природу свободи господарського договору можна охарактеризувати тісним поєднанням диспозитивних та імперативних методів. Таке формулювання досить точно описує господарський правопорядок, який формується на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання та державного регулювання.

3. Застосування судами принципу *contra proferentem* є ефективним методом тлумачення дефектних та неясних умов договору, що має на меті з'ясування істинної волі сторін. З урахуванням застосування судами *contra proferentem* до господарських зобов'язань, до господарських правовідносин, учасниками яких є споживачі, та беручи до уваги європейський курс нашої держави, пропонується доповнити частину 4 статті 179 Господарського кодексу України пунктом 4.1 з таким формулюванням:

«При тлумаченні змісту господарського договору, якщо є сумніви щодо понять, які можуть мати декілька значень, такі поняття повинні розумітись у тому сенсі, який найбільше відповідає характеру, суті та предмету договору.

У разі виникнення сумнівів щодо умов господарського договору на основі вільного волевиявлення, вони повинні бути інтерпретовані проти сторони, яка їх запропонувала, і на користь сторони, яка прийняла ці умови.

У всіх випадках умови договору тлумачаться на користь споживачів і сторони, що приєднується до умов».

4. Свобода господарського договору обмежується через ту специфіку сфери господарювання, яка виражається у відмінностях цивільно-правового та господарського договорів; у різниці цивільно-правового та господарсько-правового вияву економічного обороту; в узгодженні приватноправових та публічно-правових методів регулювання. Вказані особливості і будуть визначати зміст свободи господарського договору та її обмеження.

В умовах ринку передумовою концепції свободи договору служать не тільки і не стільки постулати теорії індивідуальних прав, скільки насамперед доктрини порядків, тобто взаємодія ліберального (ринкового), державного та громадського порядків. А також і взаємодія інтересів – приватних та публічних (державних, суспільних, місцевих). Іншими словами, автономія сторін та їхня свобода вступати в договірні відносини між собою відповідають інтересам суспільства лише за умови, що конкуренція обмежує надмірне зосередження економічної могутності в руках небагатьох учасників ринку. У тих випадках, коли недоліки ринку не дають

можливості розвиватися взаємодії конкуруючих економічних сил, держава може на законних підставах втручатися у сферу свободи договору.

5. В умовах ринку свобода господарського договору має розглядатися як основа економічної моделі, а не лише у якості суб'єктивного права чи принципу.

На цій підставі в роботі розмежовується втручання держави в економічні відносини, що, звичайно, матиме наслідком встановлення певних лімітів і для здійснення договірної свободи; та обмеження у праві – вільного вибору контрагента, форми чи змісту договору.

Таким чином, розглядаючи свободу договору в контексті теорії суб'єктивних прав, ми стикаємось із обмеженнями відповідних правомочностей. Розглядаючи свободу договору як основу вільного ринку та господарського правопорядку, має місце втручання держави в економічні відносини суб'єктів господарювання.

Незважаючи на принцип невтручання, відмічається, що держава частково може переймати патерналістську функцію. По-перше, у сферах із вираженим домінуванням публічного інтересу; по-друге, у кризових ситуаціях. Такими для економіки нашої країни стали світова економічна криза, викликана поширенням коронавірусної хвороби COVID-19, та військова інтервенція РФ на територію України.

В роботі систематизовано обмеження договірної свободи у групи: загальні (нормативні) та індивідуальні. Обмеження першої групи запроваджуються законом або іншим нормативно-правовим актом, тоді як обмежувачами другої групи є акти індивідуальної дії (акти саморегулювання, рішенням суду тощо).

Виділяються також формалізовані (існують як імперативні норми) та неформалізовані («правила чесної поведінки», «принципи гуманності та моралі» тощо) обмеження. Існують також обмеження щодо укладення договору та обмеження щодо виду, форми та змісту договорів.

Наводиться також додаткова ознака для класифікації обмежень – рівність переговорних можливостей. У господарських договорах на основі вільного волевиявлення сторони є рівними у своїх переговорних можливостях, а тому

мають право погоджувати на свій розсуд будь-які умови договору, що не суперечать законодавству. Асиметрія переговорних можливостей поступово збільшується з кожним наступним видом договору – примірний договір, типовий договір, договір приєднання.

6. Спонування до укладення господарського договору характеризується наявністю стороннього фактору примусу в конкретних правовідносинах та не залежить від волі самих суб'єктів господарювання. При цьому, примус має місце у випадку добровільного невиконання передбаченого законом чи договором обов'язку. Вказаний спосіб захисту застосовується: щодо договору на основі державного замовлення (статті 183, 187 ГК України); щодо договорів, обов'язковість укладення яких передбачається законом. Насамперед, це публічні договори (частина 4 статті 633 ЦК України), договори із енергопостачання та постачання інших ресурсів, договори за участю монополістів, договори за результатами торгів, аукціону, конкурсу, тендеру.

За своєю правовою природою зобов'язання укласти господарський договір є скоріше способом захисту, ніж обмеженням свободи договору. Господарське законодавство серед способів захисту називає, зокрема, установлення, зміну і припинення господарських правовідносин. Враховуючи, що однією з підстав виникнення цивільних прав та обов'язків відповідно згідно з цивільним законодавством є договори та інші правочини, то вказаний спосіб захисту опосередковує позовні вимоги щодо зобов'язання укласти договір. Слід зазначити, що такий спосіб захисту притаманний лише господарському праву. Разом з цим, він є тим господарсько-правовим інструментом на переддоговірній стадії, що дозволяє забезпечити правовий господарський порядок з одночасним урахуванням інтересів усіх учасників у сфері господарювання.

7. Обмеження договірної свободи через інститут спонування до укладення договору має місце в публічних зобов'язаннях суб'єкта господарювання. В роботі розрізняється договір як обов'язковий інструмент, який опосередковує правовідносини, що склалися на виконання вимог закону (публічні зобов'язання); та договір як підстава виникнення господарсько-договірного зобов'язання.

Для публічних зобов'язань характерним є не тільки наявність суб'єкта господарювання, а й ще одного спеціального учасника – споживача. Правовий статус останнього чітко визначений відповідно до профільного Закону України «Про захист прав споживачів».

Натомість, законодавство в сфері надання банківських послуг запроваджує відмінні від основного законодавчого акту у сфері захисту прав споживачів дефініції поняття «споживач», тож в рамках активних регуляторних змін виникає необхідність узгодження дефініцій. При цьому, граматична чи текстуальна різниця між дефініціями не має наслідком автоматичне спотворення змісту. Більша увага зосереджується на визначенні споживача, як фізичної особи, яка «має намір» отримати платіжну послугу. Така дефініція є розмитою та неконкретизованою. Пропонується розуміння споживача, як фізичної особи, яка «звертається» за наданням фінансової послуги. У цьому визначенні намір особи має предметне вираження, присутня дія – звернення до надавача фінансових послуг, яка має юридичне та доказове значення.

Обмеження свободи договору для споживача виконує компенсаційну функцію за завідомо нерівний статус учасників договірних правовідносин та виступає у якості додаткової правової гарантії.

Також, виникає необхідність у розмежуванні термінів «банківські правила» та «внутрішні документи надавача платіжних послуг», а статус таких документів для споживача повинен бути чітко визначений. Так як відповідно до чинного законодавства, користувачеві може бути відмовлено у відкритті рахунку та у обслуговуванні, у тому числі на підставі внутрішніх документів надавача платіжних послуг.

Систематизовані також наявні підходи щодо правової природи спору за участю Фонду гарантування вкладів фізичних осіб та вкладників, з урахуванням позицій ВП ВС та окремих думок суддів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Мілаш В. Принцип свободи підприємницького комерційного договору. *Право України*. 2005. № 2. С. 36-40.
2. Алексій Р.В., Рогач О.Я. Зловживання свободою договору в контексті правочинів із вадами волі. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2017. Вип. 45. Том 1. С. 74-79. URL: <https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/handle/lib/34091> (дата звернення: 30.12.2022).
3. Беяневич О.А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти): монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2006. 592 с.
4. Мілаш В.С. Договірне право: конспект лекцій для студентів денної та заочної форм навчання усіх спеціальностей університету. Харків: ХНУМГ ім. О.М. Бекетова, 2018. 80 с.
5. Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб. За ред. О.В. Дзери. Київ: Юрінком Інтер, 2008. 896 с. URL: https://dut.edu.ua/uploads/1_373_89665657.pdf (дата звернення: 30.12.2022).
6. Немченко С.С. Принцип свободи договору – головний принцип договірних відносин у цивільному праві. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2014. № 3. С. 101-103.
7. Мережко А.А. Договір в частном праве. Киев: Юстиниан, 2003. 176 с.
8. Bentham J. A Fragment on Government. Oxford: The Clarendon Press. 1891. 241 p. URL: https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/d/dc/Jeremy_Bentham%2C_A_Fragment_on_Government_%281891%29.pdf (дата звернення: 15.12.2022).
9. Hart H.L.A. Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer. *University of Pennsylvania Law Review*. 1957. P. 953-975. URL: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol105/iss7/2/ (дата звернення: 30.12.2022).
10. Берлин Исайя. Философия свободы. Европа. Предисловие А. Эткінда. М.: Новое литературное обозрение, 2001. 448 с.
11. Ярмол Л., Вандьо С. Поняття, значення свободи та її взаємозв'язок з правом. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Серія: Юридичні

- науки. 2015. № 825. С. 252-257.
 URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vnulpurn_2015_825_43 (дата звернення: 30.12.2022).
12. Конституційні цінності: правова природа та практика реалізації: збірник тез Міжнародної науково-практичної конференції «Конституційні цінності: правова природа та практика реалізації» (м. Хмельницький, 17 травня 2019 року). У 2-х част. Частина 2. Хмельницький: Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова, 2019. 307 с.
13. Shafalovich A. Some aspects of the modern understanding of liberty in law. *Teise*. 2019. Vol. 113. P. 214-223. <https://doi.org/10.15388/Teise.2019.113.13>
14. Расько Ю.О. Трансформація принципу свободи договору у процесі історичного розвитку. *Науковий вісник Ужгородського Національного Університету*. 2022. № 69. <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2021.69.23>
15. Герман К.Ю. Розвиток ідеї свободи у філософських та правових дослідженнях. *Право та інновації*. 2015. № 3 (11). С. 115-123.
 URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apir_2015_3_18 (дата звернення: 30.12.2022).
16. Атаманюк З.М. Свобода як фактор соціокультурних трансформацій сучасного українського суспільства: монографія. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2020. 316 с.
17. Баженов М.І. Принцип свободи договору за законодавством України, Франції та Німеччини: порівняльно-правовий аспект. *Нове українське право*. 2022. № 1. С. 9-15. <https://doi.org/10.51989/NUL.2022.1.1>
18. Менджул М.В. Свобода договору та її межі: відповідність цивільного законодавства України європейським підходам. *Науковий вісник Ужгородського Національного Університету*. 2022. № 69. С. 114-117. <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2021.69.19>
19. French Civil Code, 10 February 2016.
 URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721#/> (дата звернення: 15.12.2022).
20. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 435-IV.
 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 15.12.2022).

21. Basic Law for the Federal Republic of Germany, 23 May 1949. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html> (дата звернення: 15.12.2022).
22. Decision of the Federal Constitutional Court from 17.11.1995. URL: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007377.html> (дата звернення: 15.12.2022).
23. Civil Code of the Republic of Lithuania, 18 July 2000. URL: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalActPrint/lt?jfwid=32ocqrv7x&documentId=TAIS.400592&category=TAD> (дата звернення: 15.12.2022).
24. Constitution of the Slovak Republic, 1 September 1992. URL: <https://www.prezident.sk/upload-files/46422.pdf> (дата звернення: 15.12.2022).
25. Patakyová M., Grambličková B. Posudzovanie dohôd medzi zakladateľmi obchodnej spoločnosti v kontexte výkonu súdnej moci. *Zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie Bratislavské právnické fórum*. 2019. P. 6-18. URL: https://www.flaw.uniba.sk/fileadmin/praf/Veda/Konferencie_a_podujatia/BPF_2019/ZBORNIK_sekcia_8__Obchodne_pravo_.pdf (дата звернення: 15.12.2022).
26. *The Polish Civil Code*, 23 April 1964. URL: <https://isap.sejm.gov.pl/> (дата звернення: 15.12.2022).
27. The Italian Civil Code, 16 March 1942. URL: http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm (дата звернення: 17.12.2022).
28. Vendrell C., Сеперо М. The Complex Commercial Litigation Law Review: Spain. *The Law Reviews*, 29 November 2022. URL: <https://thelawreviews.co.uk/title/the-complex-commercial-litigation-law-review/spain> (дата звернення: 30.12.2022).
29. Carter I. Positive and Negative Liberty. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 2019. URL: <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/liberty-positive-negative> (дата звернення: 30.12.2022).
30. Сепетий Д.П. Три концепції свободи. URL: http://dsepetij.ho.ua/os_liberty.htm (дата звернення: 30.12.2022).
31. MacCallum G.C. Negative and Positive Freedom. *The Philosophical Review*. 1967. Vol. 76. № 3. P. 312-334.

32. Козачук М.О. Свобода підприємницької діяльності та її обмеження в законодавстві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04. Київ, 2011. 19 с.
33. Беяневич О.А. Господарський договір та способи його укладення: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04. Київ, 1999. 20 с.
34. Беяневич О.А. Принцип свободи договору за Цивільним та Господарським кодексами України. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2004. № 60-62. С. 64-68.
35. Мілаш В. Принцип свободи підприємницького комерційного договору. *Право України*. 2005. № 2. С. 36-40.
36. Про основні засади господарської діяльності: проект Закону України реєстр. № 3060 від 19.08.2008. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/JF2D000A?an=3> (дата звернення: 30.12.2022).
37. Устименко А.В. Скасування Господарського кодексу України: погляд крізь призму теорії наукових революцій Т. Куна. *Треті наукові читання пам'яті академіка В.К. Мамутова* (м. Київ, 20 липня 2021 р.). Наук. ред. В.А. Устименко. Київ-Ірпінь: НАН України; ДУ «ІЕПД імені В.К. Мамутова НАН України», 2021. С. 270-273.
38. Про внесення змін і доповнень до деяких законів України з метою вдосконалення цивільного законодавства: проект Закону України реєстр. № 2635 від 19.12.2019. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=67704 (дата звернення: 30.12.2022).
39. Романова А.С. Свобідна воля людини в умовах глобалізації суспільства (природно-правовий аспект). *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Серія: *Юридичні науки*. 2016. № 845. С. 407-412. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vnulpurn_2016_845_65 (дата звернення: 15.12.2022).
40. Процевський В.О., Горбань В.І. Принцип свободи волі в праві: що не так у доктринальних тлумаченнях і які від них загрози для юридичної практики. *Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди*. 2020. № 31 С. 7-23. <https://doi.org/10.34142/23121661.2020.31.01>

41. Яворська О.С. Договірні зобов'язання про передання майна у власність: цивільно-правові аспекти: монографія. Тернопіль: Підручники і посібники, 2009. 384 с.
42. David P. Weber. Restricting the Freedom of Contract: A Fundamental Prohibition. *Yale Human Rights & Development L.J.* 2013. Vol. 16. P. 51-103. URL: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1116&context=yhrdlj> (дата звернення: 15.12.2022).
43. Лавріненко І.А. Поняття і зміст категорії волі при укладенні правочинів. *Часопис Київського університету права.* 2011. № 4. С. 225-231. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chkur_2011_4_58 (дата звернення: 30.12.2022).
44. Карнаух Б.П. Діалектика свободи: синтез вибору і необхідності. *Філософські обрії.* 2010. № 23. С. 124-135. URL: <http://dspace.nbuv.gov.ua/handle/123456789/25955> (дата звернення: 17.12.2022).
45. Francis X. Shen. The Overlooked History of Neurolaw. *Fordham Law Review.* 2016. Vol. 85. Iss. 2. P. 667-695. URL: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol85/iss2/13> (дата звернення: 30.12.2022).
46. Steven K. Erickson. Blaming the Brain. *Minnesota Journal of Law, Science and Technology.* 2010. Vol. 11. Iss. 1. P. 27-77. URL: <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1146&context=mjlst> (дата звернення: 15.12.2022).
47. Patterson D., Pardo M.S., eds. *Philosophical Foundations of Law and Neuroscience.* Oxford: Oxford University Press, 2016. 272 p.
48. Hume D. *An Enquiry Concerning Human Understanding.* Oxford: Clarendon Press, 2000. P. 62-78.
49. Ларс Фр. Г. Свендсен. Філософія свободи. Пер. з норвезьк. Львів: Видавництво Анетти Антоненко; Київ: Ніка-Центр, 2016. 336 с. URL: https://shron1.chtyvo.org.ua/Svendsen_Lars/Filosofia_svobody.pdf (дата звернення: 17.12.2022).

50. Pereboom D. Optimistic Skepticism about Free Will. *The Philosophy of Free Will: Selected Contemporary Readings*. N.Y.: Oxford University Press, 2013. P. 421-449.
51. Frankfurt H. Alternate Possibilities and Moral Responsibility. *The Journal of Philosophy*. 1969. Vol. 66. № 23. P. 829-839.
URL: https://www.sheffield.ac.uk/polopoly_fs/1.101502!/file/frankfurt-alt-poss.pdf
(дата звернення: 15.12.2022).
52. Kaiserman A., Kodosi D. Review of Carolina Sartorio's Causation and Free Will. *Criminal Law and Philosophy*. 2019. Vol. 13. P. 551-559.
<https://doi.org/10.1007/s11572-018-9481-x>
53. Davidson D. Mental Events. In book: Experience and Theory. In L. Foster, & J. W. Swanson (Eds.). University of Massachusetts Press, 1970. P. 79-101.
54. Fischer J.M. Semicompatibilism and Its Rivals. *The Journal of Ethics*. 2012. Vol. 16 (2). P. 117-143.
55. Hobart R.E. Free will as involving determination and inconceivable without it. *Mind*. 1934. Vol. 43 (169). P. 1-27. <https://doi.org/10.1093/mind/XLIII.169.1>
56. Schlick M. When is a Man Responsible? Problems of Ethics. NY: Prentice-Hall, 1939. P. 143-156.
57. Ayer A.J. Freedom and Necessity. In Philosophical Essays. NY: St. Martin's Press, 1954. P. 3-20.
58. Austin J.L., Urmson J.O., Warnock G.J. Ifs and Cans. *Philosophical Papers*. 1979. P. 205-232. <https://doi.org/10.1093/019283021X.003.0009>
59. Lehrer K. Cans without ifs. *Analysis*. 1968. Vol. 29. № 1. P. 29-32.
<https://doi.org/10.1093/analys/29.1.29>
60. Vihvelin K. Free Will Demystified: A Dispositional Account. *Philosophical Topics*. 2004. Vol. 32. № 1. P. 427-450. <https://doi.org/10.5840/philtopics2004321/211>
61. Fara M. Masked Abilities and Compatibilism. *Mind*. 2008. Vol. 117 (468). P. 843-865. <https://doi.org/10.1093/MIND/FZN078>
62. Цюкало Ю.В. Щодо розуміння свободи договору: теоретико-прикладний аспект. *Часопис Київського університету права*. 2013. № 1. С. 209-212.

- URL: http://kul.kiev.ua/images/chasop/2013_1/ууууу/209.pdf (дата звернення: 20.09.2022).
63. Голубева Н.Ю. Свобода договору як принцип цивільного права. *Актуальні проблеми держави і права*. 2009. № 51. С. 65-70.
64. Кухарев О.Є. Диспозитивність як базова категорія приватного права. *Право і суспільство*. 2017. № 6. С. 67-73.
URL: http://pravoisuspilstvo.org.ua/archive/2017/6_2017/part_1/14.pdf (дата звернення: 20.09.2022).
65. Дрішлюк В.І. Принцип свободи договору в договірних відносинах у сфері надання медичних послуг. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2016. № 3-4. С. 67-69. URL: <http://dspace.oduvs.edu.ua/> (дата звернення: 20.09.2022).
66. Franklin R.L. *Freewill and Determinism: A Study of Rival Conceptions of Man* (1st ed.). Routledge, 1968. 358 p. <https://doi.org/10.4324/9781315203034>
67. Господарський кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text> (дата звернення: 20.09.2022).
68. Про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади: Указ Президента України від 03.10.1992 № 493/92. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/493/92#Text> (дата звернення: 20.09.2022).
69. Щербина В.С. До питання щодо принципів господарського права. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2014. № 1. С. 85-92. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vprc_2014_1_10 (дата звернення: 20.09.2022).
70. Апаров А., Онищенко О. Юридична природа поняття господарського договору: огляд наукових і нормативних підходів. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 10. С. 42-46. URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2016/10/9.pdf> (дата звернення: 20.09.2022).
71. Окрема думка від 01.06.2021 на Постанову Великої Палати Верховного Суду від 01.06.2021 у справі № 910/12876/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99482743> (дата звернення: 20.09.2022).

72. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 09.02.2022 у справі № 910/5700/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/103466204> (дата звернення: 20.09.2022).
73. EU Charter of Fundamental Rights, 1 December 2009. URL: <https://fra.europa.eu/en/eu-charter/> (дата звернення: 20.09.2022).
74. Гарагонич О.В. Господарська правосуб'єктність акціонерних товариств: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.04. ДУ «Інститут економіко-правових досліджень імені В.К. Макутова НАН України». Київ, 2020. 466 с.
75. Дрішлюк В.І. Публічний договір (цивільно-правовий аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. НДІ приват. права і підприємництва НАПрН України. Київ, 2007. 20 с.
76. Длугош О.І. Недійсність правочинів з дефектами волі: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України. Київ, 2013. 209 с.
77. Бервено С.М. Проблеми договірної права України: монографія. К.: Юрінком-Інтер, 2006. 392 с.
78. Постанова Верховного Суду у складі Об'єднаної Палати Касаційного цивільного суду від 18.04.2018 у справі № 753/11000/14-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73500675> (дата звернення: 20.09.2022).
79. Сисуєв С. Щодо принципу *contra proferentem* у новому Цивільному кодексі України. *Юридична газета Online*. 2021. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/civilne-pravo/shchodo-principu-contra-proferentem-u-novomu-civilnomu-kodeksi-ukrayini.html> (дата звернення: 20.09.2022).
80. Процьків Н., Никифорак В. Використання принципу *contra proferentem* у правозастосовній практиці. *Підприємництво, господарство і право*. 2021. № 3. С. 50-53. <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.08>
81. Council Directive 93/13/EEC, 5 April 1993. URL: <https://www.legislation.gov.uk/eudr/1993/13/article/5> (дата звернення: 20.09.2022).

82. German Civil Code, 2 January 2002. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0930 (дата звернення: 20.09.2022).
83. Code de la consommation de France, 21 March 1804. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/> (дата звернення: 20.09.2022).
84. Civil Code of the Netherlands, 01 January 1992. URL: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm> (дата звернення: 20.09.2022).
85. Spanish Civil Code, 24 July 1889. URL: [https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/Documentos/Spanish_Civil_Code_\(Codigo_Civil_Espanol\).PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/Documentos/Spanish_Civil_Code_(Codigo_Civil_Espanol).PDF) (дата звернення: 20.09.2022).
86. General civil code for the entire German hereditary lands of the Austrian monarchy, 01 January 1812. URL: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622> (дата звернення: 20.09.2022).
87. Principles of European Contract Law. 1999. URL: https://www.translex.org/400200/_/pecl/#head_85 (дата звернення: 20.09.2022).
88. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. 2016. URL: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/> (дата звернення: 20.09.2022).
89. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of reference (DCFR). Full Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Ed. by Christian von Bar and Eric Clive. Vol. I-VI. Munich, 2009. URL: http://www.transformacje.pl/wp-content/uploads/2012/12/european-private-law_en.pdf (дата звернення: 20.09.2022).
90. Decision of England and Wales Court of Appeal from 25.05.2017, case No: A1/2016/0483. URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2017/373.html> (дата звернення: 20.09.2022).
91. Поєдинок В.В. Несправедливі умови в господарських договорах. *Економіка та право*. 2019. № 4 (55). С. 24-31. <https://doi.org/10.15407/econlaw.2019.04.024>

92. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 02.05.2018 у справі № 910/16011/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73761508> (дата звернення: 25.09.2022).
93. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 18.03.2021 у справі № 910/9525/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95615756> (дата звернення: 25.09.2022).
94. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 17.02.2021 у справі № 916/3948/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95170092> (дата звернення: 25.09.2022).
95. Безух О.В. Господарський (комерційний) та цивільний обороти: сутність та відмінності в умовах ринкової економіки. *Приватне право і підприємництво*. 2016. № 16. С. 35-41. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Prip_2016_16_4 (дата звернення: 25.09.2022).
96. Скрипник В. Обороздатність об'єктів цивільних прав. *Публічне право*. 2018. № 4 (32). С. 190-197. URL: <https://www.publichne-pravo.com.ua/files/32/25.pdf> (дата звернення: 25.09.2022).
97. Боднар Т.В. Забезпечення приватних та публічних інтересів в договірних відносинах у сфері підприємництва. Правове забезпечення підприємництва в умовах сучасного ринку. Збірник наукових праць. Київ: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2015. С. 16-18.
98. Олюха В.Г. Окремі питання саморегулювання господарської діяльності. Правові та інституційні механізми забезпечення розвитку України в умовах європейської інтеграції: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 18 травня 2018 р.) Т. 2. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2018. С. 641-643.
99. Гудіма Т.С. Господарсько-правове забезпечення реалізації грошово-кредитної політики держави на засадах сталого розвитку: монографія. Київ: ДУ «Інститут економіко-правових досліджень імені В.К. Макутова Національної академії наук України», 2020. 336 с.

100. Дмитренко Е. Особливості співвідношення публічного і приватного інтересу у фінансовому праві. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2016. № 2. С. 89-95. URL: <http://www.chasopysnapu.gr.gov.ua/ua/pdf/10-2016/01/dmitrenko.pdf> (дата звернення: 25.09.2022).
101. Піддубний О.Ю. До питання про розмежування цивільних і господарських договорів і його вплив на інші види договорів. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2020. № 2 (31). С. 48-51. [https://doi.org/10.32837/ryuv.v0i2\(31\).563](https://doi.org/10.32837/ryuv.v0i2(31).563)
102. Ромась М.І. Особливості договірних зобов'язань за участю держави Україна. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Серія: Юриспруденція. 2019. № 42. Т. 1. С. 91-94. <https://doi.org/10.32841/2307-1745.2019.42-1.20>
103. European Contract Code (English version). Book One. URL: https://www.eurcontrats.eu/site2/newdoc/Norme%20_Libro%20I-inglese_.pdf (дата звернення: 25.09.2022).
104. Крат В.І. Трохи про приватне право в судовій практиці (за матеріалами публікацій в соціальній мережі Facebook за 2021 рік). Київ, 2021. 233 с. URL: <https://t.me/glossema/2> (дата звернення: 25.09.2022).
105. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 30.09.2020 у справі № 559/1605/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92065561> (дата звернення: 25.09.2022).
106. Пшенічнова З.І., Севастьянова А.Ю. Місце господарського договору в системі господарського права: значення та ознаки. *Молодий вчений*. 2018. № 11 (63). С. 908-911. URL: <http://molodyvcheny.in.ua/files/journal/2018/11/207.pdf> (дата звернення: 25.09.2022).
107. Мілаш В.С. Про розвиток господарсько-правового регулювання договірних відносин. *Підприємництво, господарство і право*. 2007. № 5. С. 36-40.
108. Мілаш В.С. Перспективи модернізації договірних правовідносин у сфері господарювання: монографія. Харк. нац. ун-т міськ. госп-ва ім. О. М. Бекетова. Харків, 2014. 227 с.

109. Никифорак В.М. Межі свободи договору крізь призму розумності, справедливості та добросовісності. *Юридичний вісник*. 2019. № 4. С. 104-111. URL: <https://hdl.handle.net/11300/15850> (дата звернення: 25.09.2022).
110. Бітюк П. До питання про співвідношення добросовісності та свободи договору. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 8. С. 65-70. URL: <http://pgr-journal.kiev.ua/archive/2017/8/14.pdf> (дата звернення: 25.09.2022).
111. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 02.11.2021 у справі № 917/1338/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/101829986> (дата звернення: 25.09.2022).
112. Борисова В.І., Баранова Л.М., Бєгова Т.І. та ін. Цивільне право: підручник: у 2-х т. За ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. Харків: Право, 2011. Т. 2. 816 с.
113. Сенишин О. С. Державне регулювання економіки: навч. посібник. Львів: Львівський національний університет імені Івана Франка, 2014. 334 с.
114. Ладиченко В., Кравцова І. Теоретичні аспекти співвідношення вертикальних обмежень та принципу свободи договору. *Підприємництво, господарство і право*. 2021. № 4. С. 163-170. <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.24>
115. Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11.01.2001 № 2210-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2210-14#Text> (дата звернення: 25.09.2022).
116. Окрема думка суддів Великої Палати Верховного Суду від 06.06.2018 у справі № 811/3526/15. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/75345717> (дата звернення: 25.09.2022).
117. Окрема думка суддів Великої Палати Верховного Суду від 06.06.2018 у справі № 813/6392/15. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/75345711> (дата звернення: 25.09.2022).
118. Окрема думка суддів Великої Палати Верховного Суду від 28.11.2018 у справі № 592/13020/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78268059> (дата звернення: 25.09.2022).

119. Окрема думка судді Великої Палати Верховного Суду від 11.04.2018 у справі № 910/12294/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74598912> (дата звернення: 25.09.2022).
120. Окрема думка суддів Великої Палати Верховного Суду від 31.10.2018 у справі № 802/351/16-а. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78977421> (дата звернення: 25.09.2022).
121. Окрема думка судді Великої Палати Верховного Суду від 20.09.2018 у справі № 804/1920/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/77398193> (дата звернення: 25.09.2022).
122. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 04.07.2018 у справі № 819/353/16. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75296531> (дата звернення: 25.09.2022).
123. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 04.07.2018 у справі № 815/5392/16. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75296563> (дата звернення: 25.09.2022).
124. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 22.08.2018 у справі № 813/1061/16. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76262671> (дата звернення: 25.09.2022).
125. Encyclopedia Britannica. Laissez-faire. URL: <https://www.britannica.com/topic/laissez-faire> (дата звернення: 25.09.2022).
126. Angelo A.H., Ellinger E.P. Unconscionable Contracts: A Comparative Study of the Approaches in England, France, Germany, and the United States. *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*. 1992. Vol. 14. № 3. P. 455-506. URL: <https://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol14/iss3/3> (дата звернення: 25.09.2022).
127. Claeser E.L., Shleifer A. The Rise of the Regulatory State. *Journal of Economic Literature*. 2003. Vol. XLI. P. 401-425. URL: https://scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/rise_reg_state.pdf (дата звернення: 25.09.2022).
128. Громовенко К.В. Внутрішній ринок ЄС як фундамент економічної інтеграції: історико-правовий аспект. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2015. № 3. С.

190-193. URL: <http://www.sulj.oduvs.od.ua/archive/2015/3/58.pdf> (дата звернення: 30.12.2022).

129. Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законів України щодо підтримки платників податків на період здійснення заходів, спрямованих на запобігання виникненню і поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19): Закон України від 17.03.2020 № 533-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/533-20#Text> (дата звернення: 30.12.2022).

130. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних та економічних гарантій у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19): Закон України від 30.03.2020 № 540-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/540-20#Text> (дата звернення: 30.12.2022).

131. Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законодавчих актів України щодо дії норм на період дії воєнного стану: Закон України від 15.03.2022 № 2120-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2120-20#Text> (дата звернення: 30.12.2022).

132. Рішення Господарського суду Черкаської області від 18.07.2022 у справі № 925/489/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105278315> (дата звернення: 30.12.2022).

133. Васильєв В.В. Мета і способи обмеження договірного саморегулювання цивільних відносин. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Серія: Юриспруденція. 2021. № 54. Том 2. С. 20-24. <https://doi.org/10.32841/2307-1745.2021.54.2.5>

134. Самойленко Г.В. Особливості реалізації принципу свободи договору в договорі перевезення пасажирів. *Вісник Запорізького національного університету*. 2011. № 2. С. 84-89. URL: <https://web.znu.edu.ua/herald/issues/2011/2011-lav-2-2.pdf#page=84> (дата звернення: 30.12.2022).

135. Харьковская цивилистическая школа: о договоре: монография. Под общ. ред. И.В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2017. 576 с.

136. Кухарев О. Співвідношення актів цивільного законодавства і договору у сфері спадкування. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 5. С. 25-28. URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2017/5/6.pdf> (дата звернення: 30.12.2022).
137. Расько Ю.О. Види обмежень свободи договору за законодавством України та європейських держав. *Нове українське право*. 2022. № 2. С. 251-255. <https://doi.org/10.51989/NUL.2022.2.34>
138. Сергійчук В. Розкриття в М&А угодах за англійським правом. *Юридична практика*. 2018. № 42 (1086). URL: <http://pravo.ua/article.php?id=100117999> (дата звернення: 30.12.2022).
139. Про стимулювання розвитку цифрової економіки України: Закон України від 15.07.2021 № 1667-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1667-20#Text> (дата звернення: 30.12.2022).
140. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 02.06.2021 у справі № 910/6139/20. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/97559549> (дата звернення: 30.12.2022).
141. Постанова Верховного Суду у складі Об'єднаної палати Касаційного господарського суду від 18.09.2020 у справі № 916/1423/18. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/91973220> (дата звернення: 30.12.2022).
142. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 25.05.2021 у справі № 910/6138/20. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/97350201> (дата звернення: 30.12.2022).
143. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 19.06.2019 у справі 916/1423/18. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/82639489> (дата звернення: 30.12.2022).
144. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 12.06.2019 у справі № 910/11503/18. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/82371453> (дата звернення: 30.12.2022).
145. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 04.12.2018 у справі № 910/18478/17. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/78484781> (дата звернення: 30.12.2022).

146. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Об'єднаної палати Касаційного господарського суду від 26.10.2018 у справі № 910/15590/17. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/77821141> (дата звернення: 30.12.2022).
147. Рішення Господарського суду міста Києва від 12.12.2017 у справі № 910/18478/17. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/71167253> (дата звернення: 30.12.2022).
148. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 26.05.2020 у справі № 922/2743/18. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/89484969> (дата звернення: 30.12.2022).
149. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 16.02.2021 у справі № 910/2861/18. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/95439658> (дата звернення: 30.12.2022).
150. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 12.02.2019 у справі № 914/2649/17. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/81013402> (дата звернення: 30.12.2022).
151. Методичні рекомендації Нотаріальної палати України. Нотаріальне посвідчення попередніх договорів. Київ, 2016. 10 с. URL: http://npu.in.ua/images/novini/metod_090916.pdf (дата звернення: 30.12.2022).
152. Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України: Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 07.04.2008 № 01-8/211. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v_211600-08#Text (дата звернення: 30.12.2022).
153. Дзера О.В. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. 3-є вид., перероб. і доп. К.: Юрінком Інтер, 2008. 832 с.
154. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 19.01.2021 у справі № 916/661/20. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/94803670> (дата звернення: 15.12.2022).
155. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 24.04.2018 у справі № 904/8731/17. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/73761547> (дата звернення: 15.12.2022).

156. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 21.05.2019 у справі № 916/2889/13. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82068158> (дата звернення: 15.12.2022).
157. Постанова Вищого господарського суду України від 30.03.2016 у справі № 920/1515/15. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/56815581> (дата звернення: 15.12.2022).
158. Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої інстанції: Постанова Пленуму Вищого Господарського суду України від 26.12.2011 № 18. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0018600-11#Text> (дата звернення: 15.12.2022).
159. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 05.08.2021 у справі № 911/1070/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98789043> (дата звернення: 15.12.2022).
160. Устименко В.А., Джабраїлов Р.А., Малолітнева В.К., Гудіма Т.С. Концептуальні аспекти формування правової моделі сталого розвитку України. *Економіка та право*. 2021. № 4. С. 3-17. <https://doi.org/10.15407/econlaw.2021.04.003>
161. Джабраїлов Р.А., Малолітнева В.К., Гудіма Т.С. Перспективи модернізації господарського законодавства України у контексті концепції сталого розвитку. *Економіка та право*. 2018. № 2 (50). С. 3-19. <https://doi.org/10.15407/econlaw.2018.02.003>
162. Рішення Конституційного Суду України № 15-рп/2011 від 10.11.2011 (справа про захист прав споживачів кредитних послуг) URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-11#Text> (дата звернення: 15.12.2022).
163. Про банки і банківську діяльність: Закон України від 07.12.2000 № 2121-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2121-14#Text> (дата звернення: 15.12.2022).
164. Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг: Закон України від 12.07.2001 № 2664-III.

URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2664-14#Text> (дата звернення: 15.12.2022).

165. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, ратифікована Законом України від 16.09.2014 № 1678-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text (дата звернення: 15.12.2022).

166. Про платіжні послуги на внутрішньому ринку, про внесення змін до Директив 2002/65/ЄС, 2009/110/ЄС і 2013/36/ЄС і Регламенту (ЄС) № 1093/2010 та про скасування Директиви 2007/64/ЄС: Директива (ЄС) 2015/2366 від 25.11.2015. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_030-15#Text (дата звернення: 15.12.2022).

167. Про започаткування та здійснення діяльності установами-емітентами електронних грошей і пруденційний нагляд за нею, про внесення змін до Директив 2005/60/ЄС та 2006/48/ЄС та про скасування Директиви 200/46/ЄС: Директива (ЄС) 2009/110/ЄС від 16.09.2009. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a18#Text (дата звернення: 15.12.2022).

168. Про платіжні послуги: Закон України від 30.06.2021 № 1591-IX (редакція від 01.01.2023). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1591-20#Text> (дата звернення: 15.12.2022).

169. Інструкція про порядок відкриття та закриття рахунків користувачам надавачами платіжних послуг з обслуговування рахунків: Постанова Правління НБУ від 29.07.2022 № 162. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0162500-22#Text> (дата звернення: 15.12.2022).

170. Панова Л.В. До питання публічності та обмеження свободи договору банківського рахунку. *Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського*. Серія: юридичні науки. 2019. № 5. Том 30 (69). С. 74-80. <https://doi.org/10.32838/2707-0581/2019.5/13>

171. Про деякі питання застосування Цивільного кодексу України в банківській діяльності: Лист НБУ від 18.08.2004 № 18-111/3249-8378.

- URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v8378500-04#Text> (дата звернення: 15.12.2022).
172. Про захист прав споживачів: Закон України від 12.05.1991 № 1023-ХІІ. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1023-12#Text> (дата звернення: 15.12.2022).
173. Про ринок електричної енергії: Закон України від 13.04.2017 № 2019-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2019-19#Text> (дата звернення: 15.12.2022).
174. Правила постачання природного газу: Постанова Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг від 30.09.2015 № 2496. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1382-15#Text> (дата звернення: 15.12.2022).
175. Про житлово-комунальні послуги: Закон України від 09.11.2017 № 2189-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2189-19#Text> (дата звернення: 15.12.2022).
176. Про рекламу: Закон України від 03.06.1996 № 270/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/270/96-вр> (дата звернення: 15.12.2022).
177. Академічний тлумачний словник української мови. Онлайн версія академічного тлумачного «Словника української мови» в 11 томах (1970-1980). Том 5. 1974. С. 128. URL: <http://sum.in.ua/> (дата звернення: 15.12.2022).
178. Про фінансові послуги та фінансові компанії: Закон України від 14.12.2021р. № 1953-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1953-20> (дата звернення: 15.12.2022).
179. Про споживче кредитування: Закон України від 15.11.2016 № 1734-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1734-19#Text> (дата звернення: 15.12.2022).
180. Згама А.О. Правова природа договору умовного депонування (ескроу). *Юридичний науковий електронний журнал*. 2018. № 1. С. 36-39. URL: http://lsei.org.ua/1_2018/11.pdf (дата звернення: 15.12.2022).
181. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 15.12.2021 у справі № 910/6058/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/102267052> (дата звернення: 15.12.2022).
182. Вакулович Е.В. Поняття «публічний договір» і «договір приєднання»: порівняльна характеристика. *Право і суспільство*. 2019. № 2. С. 24-30.

URL: http://pravoisuspilstvo.org.ua/archive/2019/2_2019/part_1/6.pdf (дата звернення: 15.12.2022).

183. Керівні принципи для захисту інтересів споживачів: Резолюція Генеральної Асамблеї ООН від 09.04.1985 № 39/248.

URL: <https://ips.ligazakon.net/document/MU85305> (дата звернення: 15.12.2022).

184. Про дистанційну реалізацію споживчих фінансових послуг та про внесення змін до Директиви Ради 90/619/ЄЕС: Директива (ЄС) 2002/65 від 23.09.2002.

URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b31#n5 (дата звернення: 15.12.2022).

185. Щодо несправедливих торгівельних практик бізнесу для споживача на внутрішньому ринку: Директива 2005/29/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 11.05.2005.

URL: <https://ips.ligazakon.net/document/eu050038> (дата звернення: 15.12.2022).

186. Про кредитні угоди для споживачів: Директива 2008/48/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 23.04.2008. URL: <http://data.europa.eu/eli/dir/2008/48/oj> (дата звернення: 15.12.2022).

187. Положення про додаткові вимоги до договорів про надання фінансових послуг: Постанова Правління НБУ від 22.01.2021 № 7.

URL: https://bank.gov.ua/ua/legislation/Resolution_22012021_7 (дата звернення: 15.12.2022).

188. Інструкція про порядок відкриття і закриття рахунків клієнтів банків та кореспондентських рахунків банків-резидентів і нерезидентів: Постанова Правління НБУ від 12.11.2003 № 492.

URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1172-03#Text> (дата звернення: 15.12.2022).

189. Положення про організацію внутрішнього контролю в банках України та банківських групах: Постанова Правління НБУ від 02.07.2019 № 88.

URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0088500-19#Text> (дата звернення: 15.12.2022).

190. Про систему гарантування вкладів фізичних осіб: Закон України від 23.02.2012 № 4452-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4452-17#Text> (дата звернення: 15.12.2022).
191. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення механізмів виведення банків з ринку та задоволення вимог кредиторів цих банків: Закону України від 30.06.2021 № 1588-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1588-20#Text> (дата звернення: 15.12.2022).
192. Устименко А.В. Застосування принципу свободи договору при виведенні неплатоспроможного банку з ринку. *Другі наукові читання пам'яті академіка В.К. Мамутова* (м. Київ, 3 липня 2020 р.). Наук. ред. В.А. Устименко. Київ: НАН України; ДУ «ІЕПД імені В.К. Мамутова НАН України», 2020. С. 318-323.
193. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 11.04.2018 у справі № 910/12294/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74188635> (дата звернення: 15.12.2022).
194. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 28.09.2022 у справі № 530/1995/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106585139> (дата звернення: 15.12.2022).
195. Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 06.11.2009 № 9. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-09#Text> (дата звернення: 15.12.2022).
196. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 18.04.2018 у справі № 813/921/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73837593> (дата звернення: 15.12.2022).
197. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 23.05.2018 у справі № 820/3770/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74506073> (дата звернення: 15.12.2022).

198. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 27.06.2018 у справі № 804/15260/15. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/75215655> (дата звернення: 15.12.2022).

199. Про правові позиції ВС у спорах за участю Фонду гарантування вкладів фізичних осіб розповіла суддя КГС ВС Олена Кібенко. *Офіційний сайт Верховного Суду*. URL: <https://www.supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1157593/> (дата звернення: 30.12.2022).

ЗАКОН УКРАЇНИ**«Про внесення змін до Господарського кодексу України»**

1. Внести до Господарського кодексу України (Відомості Верховної Ради України, 2003 р., №№ 18-22, ст. 144) такі зміни:

1) доповнити частину 4 статті 179 пунктом 4.1 такого змісту:

«4.1. При тлумаченні змісту господарського договору, якщо є сумніви щодо понять, які можуть мати декілька значень, такі поняття повинні розумітись у тому сенсі, який найбільше відповідає характеру, суті та предмету договору.

У разі виникнення сумнівів щодо умов господарського договору на основі вільного волевиявлення, вони повинні бути інтерпретовані проти сторони, яка їх запропонувала, і на користь сторони, яка прийняла ці умови.

У всіх випадках умови договору тлумачаться на користь споживачів і сторони, що приєднується до умов».

2. Цей Закон набирає чинності з дня, наступного за днем його опублікування.

Президент України

ДОДАТОК Б

Державна установа
«ІНСТИТУТ ЕКОНОМІКО-
ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ
імені В.К. МАМУТОВА
Національної академії
наук України»

01032, м. Київ,
бульвар Траса Шевченка, 60
e-mail: office.iepd@nas.gov.ua
www.iepd.kiev.ua
тел.: (044) 200-55-68



State Organization
«V. MAMUTOV INSTITUTE
OF ECONOMIC AND
LEGAL RESEARCH
of the National Academy
of Sciences of Ukraine»

60 Tarasa Shevchenka Blvd,
Kyiv, 01032, Ukraine
e-mail: office.iepd@nas.gov.ua
www.iepd.kiev.ua
tel.: (044) 200-55-68

№ 299/45/23 від 30.01.2023

Разовий спеціалізованій вченій раді
по захисту дисертації на здобуття
ступеня доктора філософії в
Державній установі «Інститут
економіко-правових досліджень
імені В.К. Мамутова Національної
академії наук України»

ДОВІДКА

Цією довідкою підтверджується, що підготовлена за результатами дисертаційного дослідження Устименко Аліни Вячеславівни на тему: «Обмеження дії принципу свободи договору в господарських зобов'язаннях» Науково-правова експертиза щодо відповідності Конституції України Закону України № 2180-IX від 01.04.2022 «Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення стабільності системи гарантування вкладів фізичних осіб» направлена для розгляду і використання у діяльності Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини (вих. № 299/98/22 від 08.06.2022).

Директор Інституту,
член-кореспондент НАН України,
доктор юридичних наук, професор
Заслужений юрист України



Володимир УСТИМЕНКО



ДОВГИНЦІВСЬКИЙ РАЙОННИЙ СУД
МІСТА КРИВОГО РОГУ
ДНІПРОПЕТРОВСЬКОЇ ОБЛАСТІ

вул. Леоніда Бородича, 3 м. Кривий Ріг 50086
Тел.: (099)643-11-25; (097)963-65-10; (095)389-05-99; (097)736-21-94
E-mail: inbox@dv.dp.court.gov.ua Код ЄДРПОУ 26371308

03 березня 2023 року № 5/21/2023
на вих. № _____ від _____ року

Устименко А.В.

«Про використання результатів
дисертаційного дослідження»

Довгинцівський районний суд міста Кривого Рогу Дніпропетровської області повідомляє, що результати дисертаційного дослідження на здобуття наукового ступеня доктора філософії у галузі права (спеціальність 12.00.04 – господарське право; господарсько-процесуальне право) Устименко Аліни Вячеславівни на тему: «Обмеження дії принципу свободи договору в господарських зобов'язаннях», заслуговують на увагу та високу оцінку з огляду на їх теоретичне обґрунтування і можливість впровадження у практичну діяльність. Особливо відзначені положення, які стосуються захисту прав споживачів банківських послуг.

Ці та інші результати дослідження взяті до уваги Довгинцівським районним судом міста Кривого Рогу Дніпропетровської області для подальшого опрацювання та можливого використання у діяльності суду.

Голова суду

Світлана ТКАЧЕНКО