

**Лідовець Р.А. Право сторін на укладення договору не передбаченого законом, як один з елементів свободи договору // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. Збірник наукових статей. Випуск XI. — Івано-Франківськ, 2003. – С. 97 – 103**

Питання свободи договору в цивільному праві України не є новим, однак все ж залишається актуальним, оскільки остання є однією з основних засад цивільного законодавства. До з'ясування змісту свободи договору та її меж звертались у своїх працях М.І. Брагінський, В.В. Вітрянський, В.В. Луць, Р.О. Халфіна та інші вчені. В Україні існує комплексне монографічне дослідження загальних проблем договірної регулювання цивільних відносин і, зокрема, питань договірної свободи учасників цих відносин, автором якого є А.В. Луць.

На основі аналізу різних поглядів дослідників на проблему свободи договору та положень статей 6 і 659 проекту Цивільного кодексу (ЦК) Луць А.В. робить висновок про те, що свобода договору, окрім можливості вибору контрагента та визначення змісту договору, включає також: а) вільний вияв волі особи на вступ в договірні відносини; б) свободу вибору сторонами форми договору; в) право сторін укладати як договори, передбачені законом, так і договори, які законом не передбачені, але йому не суперечать; г) право сторін за своєю згодою змінювати, розривати або продовжувати дію укладеного ними договору; д) право сторін визначати способи забезпечення договірних зобов'язань; е) право встановлювати відповідальність за порушення договірних зобов'язань тощо. Зазначені аспекти договірної свободи закріплені іншими положеннями цивільного законодавства, але в узагальненому вигляді мають розкривати зміст поняття свободи договору<sup>1</sup>.

З усіх перерахованих елементів, що складають зміст свободи договору, найменш дослідженим видається такий, як право сторін укладати як договори, передбачені законом, так і договори, які законом не передбачені, але йому не суперечать. Тому існує потреба у з'ясуванні змісту зазначеного права, а саме: у

визначенні поняття договору, не передбаченого законом; в аналізі норм законодавства, що регулюють застосування таких договорів.

Розробка сторонами проекту договору за принципом (*tabula rasa*) “чистої дошки” спричиняє значні труднощі. По-перше, затягується оформлення договірних відносин через необхідність витрачання значного часу для узгодження складу та змісту окремих договірних умов. Хоча і це не гарантує відсутність прогалин в договорі, які нелегко усунути в подальшому. По-друге, активна сторона в такому договорі (та, яка повинна передати продукцію, виконати роботу, надати послуги) безумовно займає більш сильну позицію щодо пасивної сторони (тієї, в якій виникає потреба в продукції, роботах, послугах).

Особливе значення при укладенні таких договорів має те, що держава втрачає можливість здійснювати характерні їй функції організатора обігу, зокрема, надавати споживачам гарантії від вияву монопольних тенденцій з боку їх контрагентів-постачальників, підрядників та ін.

Щоб усунути перераховані проблеми, законодавець поряд з загальним регулюванням договірних відносин створив різні моделі, що відображають специфіку окремих різновидів договорів, які складаються в цивільному обігу.

Вперше система так званих “поіменованих договорів” сформувалась ще в римському праві. З того часу вона безперервно розширювалась разом з розвитком виробництва, торгівлі, банківської діяльності та інших сфер суспільного життя.

Чинний Цивільний кодекс Української РСР (надалі ЦК УРСР) виділяє 19 типів договорів. В новому Цивільному кодексі України виділено 22 типи договорів, з яких 5 – купівля-продаж, найм (оренда), підряд, зберігання, позика -- поділені на окремі види договорів, яких нараховується біля двадцяти чотирьох. Крім того, існує значна кількість типів (видів) договорів, які регулюються нормативними актами за межами Кодексу.

Отже, договір вважається таким, що передбачений законом, якщо Цивільний кодекс, або інший нормативний акт виділяє його в окремий тип (вид) і надає йому відповідну правову регламентацію.

Однак набір поіменованих договорів будь-якої країни завжди відстає від потреб обігу. Особливо це стосується сучасної України, в якій відбувається

докорінна зміна економіки і з'являється безліч нових відносин. Таке відставання є закономірним для континентальної системи права, оскільки будь-який акт, присвячений цивільним правовідносинам, відображає потреби практики лише на момент його видання. Особливо така властивість законодавства стосується договірних відносин, які виникають, хоча і в межах, передбачених законом, але за волею самих учасників.

Звичайно, Цивільний кодекс як кодифікований акт у галузі цивільного права не може містити вичерпного переліку всіх видів договорів, або дати їхню повну правову регламентацію. Тому очевидною є необхідність усунення певним чином суперечності між набором законодавчих моделей договорів і потребами життя. Як свідчить історія, такі суперечності беруть свій початок ще в Древньому Римі. Перші сліди визнання так званих *contractus innominati* (безіменних договорів) відносяться до I століття нашої ери (юрист Лабеон). Остаточо вони склались в законодавстві Юстиніана. Під назвою безіменних контрактів розуміють деякі договори про взаємну передачу майна, які беруться під захист цивільним правом тоді, коли категорії контрактів вже склались у вигляді визначеного переліку, але поряд з тим обіг, що розвивається, не задовольняється цим замкнутим колом договорів і потребує допуску нових видів договорів<sup>2</sup>. В римському праві суперечності, які виникали у зв'язку з використанням безіменних договорів, вирішувались виключно судовою практикою. Однак поступово перемагала ідея позитивного визнання самим законодавцем необхідності забезпечити правовий захист договорів, що знаходились за межами створених ним моделей<sup>3</sup>.

В українському законодавстві безіменні договори отримали формальне визнання в Цивільному кодексі 1963 р<sup>4</sup>. Мається на увазі вказівка, яка міститься в ч. 2 ст. 4 цього Кодексу, на те, що цивільні права і обов'язки виникають з угод, передбачених законом, а також з угод, хоч і не передбачених законом, але таких, які йому не суперечать. Позитивні сторони існування такої норми в чинному Цивільному кодексі особливо проявилися в період вільних ринкових відносин, коли багато видів договорів, які були невідомі Цивільному кодексу та іншим правовим актам, завдяки цій нормі отримали правовий захист.

Новий Цивільний кодекс України <sup>5</sup> (надалі ЦК України) також визнає необхідність захисту безіменних договорів. Перш за все, це відображається в п. 1 ст. 6 ЦК України, який передбачає, що сторони мають право укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства.

З наведеної норми випливає, що нормативною базою для таких договорів завжди слугують загальні засади цивільного законодавства.

Походження ж безіменного договору ніякого значення не має. Тобто в якості зразка моделі безіменного договору можуть виступати моделі договорів, передбачені законодавством іншої держави або міжнародним актом, в тому числі і таким, що має рекомендаційний характер. Учасники цивільного обігу можуть укладати договори за цілком самостійно розробленою моделлю договору. Вирішальним для визнання безіменного договору є те, чи відповідає він загальним засадам цивільного законодавства.

Однак, правило про свободу сторін укладати договори, які законом не передбачені (свободу моделювання договорів), має ще ряд винятків. Перший з них полягає в тому, що Цивільний кодекс або інший правовий акт іноді допускають до окремих відносин використання лише чітко визначеної моделі. Так з ч. 1 ст. 277 чинного ЦК і п. 2 ст. 813 ЦК України випливає, що юридичні особи можуть отримувати житло у володіння чи користування за договором оренди чи іншим договором, але ніколи за договором найму житла, в той час як фізичні особи можуть отримувати житло в тимчасове володіння та користування для проживання в ньому лише за договором найму житла.

Другий виняток пов'язаний з тим, що у випадках, коли законодавець покладає на сторін обов'язок укласти договір, він, як правило, вказує на те, яка саме договірна модель має бути при цьому використана. Так, відповідно до ч. 1 ст. 648 ЦК України зміст договору, укладеного на підставі правового акта органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим, органу місцевого самоврядування, обов'язкового для сторін (сторони) договору, має відповідати цьому акту.

Суть третього винятку полягає в тому, що деякі договірні моделі, як вже зазначалось, можуть бути використані тільки обмеженим колом суб'єктів цивільного права. Наприклад, учасником договору банківського вкладу повинен обов'язково бути банк або інша кредитна організація, яка за законом приймає від інших сторін (вкладників) або для них грошову суму (вклад) (ч. 1 ст. 384 чинного ЦК і п. 1 ст. 1058 ЦК України).

Свобода моделювання договорів може також бути обмежена добровільно за волею однієї із сторін. В такому випадку ця свобода обмежується для іншого учасника договірних відносин. Прикладом може бути договір про приєднання, під яким розуміється договір, умови якого визначені однією із сторін у формулярах або інших стандартних формах і можуть бути прийняті іншою стороною не інакше як шляхом приєднання до запронованого договору в цілому.

Крім того, свобода моделювання договору може бути добровільно обмежена угодою сторін. В даному випадку йдеться про попередній договір. Визначення поняття попереднього договору дано в п. 1 ст. 635 ЦК України. За попереднім договором сторони зобов'язуються у певний строк укласти договір в майбутньому на умовах, встановлених попереднім договором. З даного визначення випливає, що при існуванні попереднього договору сторони обмежуються не лише в свободі моделювання договору, а й взагалі у вільному вияві волі на вступ у договірні відносини.

Нарешті, всі перераховані вище обмеження в загальному передбачені в ч. 2 п. 3 ст. 6 проекту ЦК України, який вказує, що сторони в договорі не можуть відступити від положень, актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства випливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами.

Отже, при всьому значенні свободи договорів взагалі і свободи укладати договори, не передбачені законом, зокрема, вона, як і будь-яка інша свобода, має свої межі. Закріплення в нормах договірного права різного роду обмежень зумовлено бажанням законодавця захистити інтереси інших членів суспільства і суспільство та державу в цілому.

У зв'язку з визнанням безіменних договорів виникає питання про те, які норми і в якій послідовності повинні до них застосовуватися. Існують різні точки зору на це питання.

Зокрема, І.Б. Новицький вважав, що до безіменних договорів слід застосовувати загальні положення зобов'язального права і, крім того, в певних випадках і в певних частинах можуть бути застосовані норми, встановлені законом для типових договорів. Питання ж, які не можуть бути вирішені таким способом, повинні вирішуватися на основі загальних начал законодавства<sup>6</sup>. Тобто пропонувалась наступна послідовність: загальні положення зобов'язального права — норма схожого іменованого договору у відповідній частині – аналогія права.

О.С. Йоффе запропонував інший підхід. На його думку, “при укладенні дуже специфічного договору, але який охоплюється одним із закріплених в законі договірних типів, він буде підкорятися правилам про договір цього типу. І лише коли формується таке, що не суперечить закону, але й ним не передбачене зобов'язання нового типу, його нормативне регулювання здійснюється за аналогією закону або в певних випадках за аналогією права”<sup>7</sup>. На жаль, О.С.Йоффе не вказав у своїй конструкції, яке місце мають займати загальні положення зобов'язального права.

Разом з тим, деякі заперечення викликала позиція обох авторів щодо питання про тип договорів. Так, на думку М.І Брагінського та В.В.Вітрянського “висновок про необхідність керуватись нормами про договори відповідного типу є безспірним”<sup>8</sup>. Однак, на відміну від О.С.Йоффе та І.Б.Новицького, вони вважають, що в даному випадку йдеться про щось проміжне між безіменними та поіменованими договорами. Договори, які являють собою різновид врегульованого законом типу, володіють ознаками поіменованих договорів. Вся справа лише в певній деталізації конкретного поіменованого договору<sup>9</sup>. Таким чином, вони роблять висновок, що при наявності спеціальної норми глави ЦК, а отже, і спеціального типу договорів, якою б не була специфіка відповідного виду договорів, він не може вважатись договором *sui generis* (“свого роду”).

Для того, щоб договір визнати безіменним, має бути відсутність врегульованості не лише виду, але й відповідного йому типу договору. До таких договорів, на думку М.І Брагінського та В.В. Вітрянського, необхідно застосовувати перш за все норми схожого типу договорів, а при його відсутності – норми, що регулюють цивільно-правові договори в цілому.

Якщо аналогія закону і загальні норми зобов'язального (договірного) права не дають бажаних результатів, тоді необхідно використати аналогію права, тобто винести рішення виходячи із загальних начал і змісту цивільного законодавства <sup>10</sup>.

Така позиція є найбільш обґрунтованою і цілком прийнятною для застосування в Цивільному праві України, оскільки відповідно до ч.3 ст.11 Цивільного процесуального кодексу України <sup>11</sup>, в разі відсутності закону, що регулює спірні відносини, суд застосовує закон, що регулює подібні відносини, а при відсутності такого закону суд виходить із загальних начал і змісту законодавства України.

Розглядаючи питання про те, які норми застосовувати для регулювання відносин, що виникають з безіменних договорів, слід згадати про виняток із вказаних вище правил. Услід за розвитком економічних відносин вдосконалюється система договірних форм. Таке вдосконалення, головним чином, відбувається шляхом ускладнення, поєднання в одному різновиді елементів різних договорів. Цей тип договорів отримав закріплення в новому Цивільному кодексі. Зокрема, пункт 2 ст. 628 ЦК України надає сторонам право укласти договір, в якому містяться елементи різних договорів (змішаний договір). В даному випадку до відносин сторін у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо інше не встановлено договором або не впливає із суті змішаного договору. З даного правила можна зробити висновок, що спеціальні норми, які регулюють договори, що ввійшли у змішаний договір, мають пріоритет при колізії з нормами загальної частини зобов'язального права. Однак, такий варіант рішення, як передбачено в тій же нормі, не може бути застосований, якщо інше встановлено договором або впливає із суті змішаного договору.

Отже, під договором, не передбаченим законом, слід розуміти договір такого типу, який повністю не врегульований спеціальними нормами цивільного законодавства і, відповідно, не виділяється ним як такий. Аналіз чинного законодавства дозволяє зробити висновок, що правові норми, покликані регулювати відносини, які виникають з укладення безіменних договорів носять загальний характер.

Разом з тим, введення в Цивільний кодекс такого поняття, як змішаний договір і встановлення правил про те, які норми до нього застосовуються, покращило правове регулювання вказаного кола договорів, оскільки, в більшості, безіменні договори є змішаними. Відтак, перспективним вбачається дослідження такого нового виду договору як змішаний.

---

<sup>1</sup> Луць А.В. Свобода договору в цивільному праві України. Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук./ Київський Національний університет ім. Т.Шевченка. – К., 2001. – С.11.

<sup>2</sup> Римское частное право Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. – М.: Юристъ, 1999. – С. 364.

<sup>3</sup> Брагинский М.И. Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 3-е, стереотипное. – М.: “Статут”, 2001. – С. 404.

<sup>4</sup> Кодекси України. – К., 1998. – Кн. 2.

<sup>5</sup> Голос України, 2003. -- № 45-46, 47-48.

<sup>6</sup> Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. – М., 1950. – С. 103.

<sup>7</sup> Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975. – С. 38.

<sup>8</sup> Брагинский М.И. Витрянский В.В. Вказ. праця. С. 408.

<sup>9</sup> Там само. – С. 408.

<sup>10</sup> Там само. – С. 409.

<sup>11</sup> Цивільний процесуальний кодекс України. К.: Парламентське видавництво, 1997, -- С.7.

## ANNOTATION

The Freedom of Agreement is one of the most important in Civil Law. The Right of the parties to make the contracts not predetermined by law engaged significant place among others elements of the Freedom of Agreement. Substance of the right and actual legislation that regulate using of such contracts are analyzed in the article.